

UNIVERSITÉ DE CAEN — FACULTÉ DE DROIT

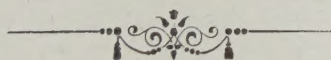
DE LA DÉTERMINATION
DE LA
Date de Cessation des Paiements
ET DE
SES EFFETS

en Matière de Faillite et de Liquidation judiciaire

PAR

Léon GOETHALS

Avocat



ROUBAIX

IMPRIMERIE ALFRED REBOUX

71, Grande-Rue, 71

—
1899



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548614_0010

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A MON PÈRE — A MA MÈRE

A MES FRÈRES

A MES PARENTS

A MES MAÎTRES

A MES AMIS

UNIVERSITÉ DE CAEN

FACULTÉ DE DROIT

Année scolaire 1898-1899

DOYEN :

M. Edmond VILLEY (*, I. O), correspondant de l'Institut, membre du conseil supérieur de l'Instruction publique.

PROFESSEURS :

MM. TOUTAIN (*, I. O), professeur de *Droit administratif*.

DANJON (I. O), professeur de *Droit commercial* et de *Droit maritime*.

Edmond VILLEY (*, I. O), professeur d'*Économie politique*, chargé du cours de *Droit constitutionnel comparé* (DOCTORAT).

LAISNÉ DES HAYES (○, A. O), professeur de *Droit romain*, chargé d'un cours de *Code civil*.

GUILLOUARD (*, I. O, C. H), professeur de *Code civil*.

LEBRET (I. O), professeur de *Code civil*, député du Calvados, Garde des sceaux, Ministre de la Justice.

CABOUAT (I. O), professeur de *Droit international public et privé*, et de *Législation industrielle*.

MARIE (I. O), assesseur du doyen, professeur de *Droit criminel*, et chargé du cours sur la *Coutume de Normandie*.

Ambroise COLIN (I. O), professeur de *Code civil*, et chargé du cours d'*Histoire du Droit français* (DOCTORAT).

BIVILLE (A. O), professeur de *Procédure civile*, et chargé du cours d'*Histoire générale du Droit français* (LICENCE).

AGRÉGÉS :

MM. DEBRAY, chargé d'un cours de *Droit romain* (en congé).

René WORMS (A. O), chargé des cours d'*Histoire des Doctrines économiques* et d'*Économie politique* (DOCTORAT).

LE FUR, chargé des cours d'*Histoire du Droit public français* et d'*Éléments du Droit constitutionnel*.

ASTOUL, chargé d'un cours de *Droit Romain* et du cours de *Pandectes*.

CHARGÉ DE COURS :

M. SUMIEN, docteur en droit, chargé d'un cours de *Droit Romain*.

SECRÉTAIRE :

M. GILLET (I. O), secrétaire du Conseil de l'Université de Caen.

UNIVERSITÉ DE CAEN — FACULTÉ DE DROIT

DE LA DÉTERMINATION

DE LA

Date de Cessation des Paiements

ET DE

SES EFFETS

en Matière de Faillite et de Liquidation judiciaire

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*L'acte public sur les matières ci-après
sera soutenu le 30 Janvier 1899, à 3 heures 1/2 du soir*

PAR

Léon GOETHALS

JURY D'EXAMEN :

MM. DANJON, Professeur, *Président de la Thèse.*

TOUTAIN, Professeur.

BIVILLE, Professeur.



ROUBAIX

IMPRIMERIE ALFRED REBOUX

71, Grande-Rue, 71

1899

INDEX BIBLIOGRAPHIQUE

Ancien Droit

- BORNIER. — Ordonnance de Louis XIV sur le Commerce ; éd. Paris, 1767.
- DENISART (J. B). — Collection de Décisions Nouvelles, t. II, v^o Banqueroute ; éd. Paris, 1771.
- FERRIÈRE (Claude de). — Dictionnaire de Droit et de Pratique. t. I, v^o Faillite ; éd. Paris, 1778.
- JOURDAN, DECRUSY et ISAMBERT. — Recueil général des anciennes lois françaises, t. XIX, éd. Paris.
- JOUSSE. — Commentaire sur l'Ordonnance du Commerce ; éd. Poitiers, 1828.
- LOCRÉ. — Législation civile, commerciale et criminelle de la France, t. XIX ; éd. Paris, 1830.
- LOCRÉ. — Esprit du Code de Commerce, t. III ; éd. Paris, 1829.
- MERLIN. — Répertoire de jurisprudence, t. VI, vis Faillite et Banqueroute ; éd. Paris, 1827.
- PATOU. — Commentaire sur les coutumes de la ville de Lille et de sa Châtellenie, t. I ; éd. Lille, 1788.
- PIGEAU. — La Procédure civile du Châtelet de Paris, t. I ; éd. Paris, 1787.
- SAVARY (Jacques). — Le Parfait négociant, t. I ; 5^e éd. Lyon, 1701.
- SAVARY (Jacques). — Même ouvrage contenant ses parères ou avis et conseils sur les plus importantes matières du commerce, t. II ; éd. Paris, 1753.
- TOUBEAU (Jean). — Institutes du droit consulaire, t. I ; éd. Paris, 1700.

Droit Français

ALAUZET. — Commentaire du Code de Commerce, t. VI (1^{re} et 2^e parties); éd. Paris, 1871.

BÉDARRIDE. — Traité des Faillites et Banqueroutes, t. I et II; éd. Paris-Aix, 1874.

BOISTEL. — Précis de Droit commercial; 2^e éd., Paris, 1878.

BOULAY-PATY. — Des Faillites et Banqueroutes, t. 1; éd. Paris, 1828.

BRAVARD-VEYRIÈRES et DEMANGEAT. — Traité de Droit Commercial, t. V; éd. Paris, 1864.

COURTOIS. — Traité théorique et pratique de la liquidation judiciaire; éd. Paris, 1894.

DALLOZ. — Répertoire méthodique et alphabétique et Supplément au Répertoire, vis Faillites et Banqueroutes.

DALLOZ. — Recueil périodique.

DELAMARRE et LE POITVIN. — Traité théorique et pratique du Droit commercial, t. VI; éd. Paris, 1861.

DUFRAISSE (Roger), ROX et MUZARD. — Nouvelle loi sur la Liquidation judiciaire et la Faillite; éd. Paris, 1889.

FREMONT et CAMBERLIN. — Code pratique des Liquidations et Faillites; éd. Paris, 1889.

GADRAT. — Traité des Faillites et Banqueroutes; éd. Paris, 1864.

GARRAUD. — Précis de Droit criminel; 4^e éd., Paris, 1892.

GARRAUD. — De la Déconfiture et des Améliorations dont la législation sur cette matière est susceptible; éd. Paris, 1880.

GUILLOUARD. — De l'Action Paulienne (thèse de doctorat); éd. Caen, 1868.

Journal des Faillites et des Liquidations Judiciaires.

LABORI (Fernand). — Répertoire Encyclopédique du Droit français, vis Faillite, Liquidation judiciaire, Banqueroute.

- LYON-CAEN et RENAULT. — Précis de Droit commercial, t. II; éd. Paris, 1885.
- LYON-CAEN et RENAULT. — Manuel de Droit commercial; 3^e éd., Paris 1894.
- MARX (Edgard). — Étude sur les droits de la femme dans la faillite du mari; éd. Paris, 1880.
- MASSÉ. — Le Droit commercial dans ses rapports avec le Droit des gens et le Droit civil, t. II; 3^e éd. 1874.
- Pandectes chronologiques.
- Pandectes françaises. Recueil mensuel.
- PARDESSUS. — Cours de Droit commercial; éd. Bruxelles, 1833.
- Recueil des arrêts de la Cour de Douai.*
- RENOUARD — Traité des Faillites et Banqueroutes, t. I et II; 3^e éd., Paris, 1857.
- Revue générale du Droit, de la Législation et de la Jurisprudence.*
- ROUSSEAU et DEFERT. — Code annoté des Faillites et Banqueroutes; éd. Paris, 1879.
- RUBEN DE COUDER. — Dictionnaire de Droit commercial, industriel et maritime, t. IV, v^o Faillite; éd. Paris, 1879.
- SIREY. — Recueil général des lois et arrêts.
- THALLER. — Traité élémentaire de Droit commercial (3^e fascicule); éd. Paris, 1898.
- THOMAS (Léonce). — Etudes sur les Faillites; éd. Paris, 1880.
- Moniteur (Journal Le).* — Décembre 1834.
- — Janvier, Février, Mars 1835.
- — Mai 1836.
- — Janvier, Mai 1837.
- — Janvier, Mars, Avril, Mai 1838.
- Journal officiel.* — Février 1884. Débats parlementaires, p. 439.
- Mars 1884. Documents parlementaires, annexe n^o 2632.
- Oct. 1888. Débats parlementaires, p. 2238.

Droit comparé

- Annuaire de Législation étrangère, publié par la Société de
Législation comparée.
- BOSSCHAERTS (Ad.). — Nouveau Code de Commerce (belge);
éd. Bruxelles, 1873.
- HOECHSTER, SACRÉ et OUDIN. — Manuel de Droit commercial
français et étranger; éd. Paris, 1874.
- LYON-CAEN. — Loi anglaise sur la faillite du 25 août 1883;
éd. Paris, 1888.
- PRUDHOMME (Henri). — Collection des codes étrangers : Code
de Commerce espagnol; éd. Paris, 1891. Code de
Commerce chilien; éd. Paris, 1892. Code de Com-
merce argentin; éd. Paris, 1893.
- SALLÉS (Félix). — Législation autrichienne des faillites;
éd. Paris, 1877.
- THALLER. — Des Faillites en Droit comparé, t. I; éd.
Paris, 1887.
- THALLER. — Annales de Droit commercial français, étranger
et international, publiées sous la direction de
- TURREL (Edmond). — Collection des codes étrangers; Code
de commerce italien; éd. Paris, 1892.
-

INTRODUCTION

La bonne foi est nécessaire à l'existence des sociétés comme l'air l'est à la vie des individus. Mais si ce besoin de loyauté, de confiance mutuelle se fait sentir dans les relations de la vie ordinaire, combien plus impérieux est-il dans les rapports commerciaux. La bonne foi est l'âme du commerce.

C'est qu'en effet, à la différence des opérations civiles, les transactions commerciales se concluent avec la rapidité de la vapeur : elles ne laissent pas aux parties contractantes le temps de discuter leur solvabilité respective ni de se faire donner des sûretés. Le commerçant ne peut piétiner sur place : il doit faire des affaires, beaucoup d'affaires, et pour cela il ne lui est pas possible de s'arrêter trop longtemps sur chacun des actes qu'il passe. « Les opérations se » succèdent, dit M. Courtois (1), on extrait, on » transforme, on produit, on écoule des marchan-

(1) Courtois. Traité théorique et pratique de la liquidation judiciaire, p. 4.

» dises de nature multiple et diverse, on se les
» passe de main en main jusqu'au consumma-
» teur, et dans ce chaos de transactions, on
» devient réciproquement débiteur et créancier,
» par signes, par lettres, par dépêches, par télé-
» phone.... toujours sous l'influence de consi-
» dérations tirées de la bonne foi. » C'est unique-
ment parce qu'il a eu confiance dans la parole
de son correspondant, parce qu'il a compté sur
sa fidélité à remplir ses engagements, que le
commerçant a consenti à lui livrer des marchan-
dises ou à lui ouvrir un crédit.

S'il en est ainsi, n'est-il pas nécessaire que
le législateur vienne garantir d'une façon toute
spéciale la sécurité des transactions commerciales ?
Et cette nécessité ne s'impose-t-elle pas d'autant
plus que la débâcle du commerçant peut compro-
mettre les intérêts d'une foule de créanciers et
même avancer la ruine de quelques-uns d'entre
eux ? Ainsi l'a pensé le législateur en organisant
le système des faillites, et, s'il n'était pas en son
pouvoir de couvrir entièrement les créanciers du
commerçant contre son insolvabilité, il a voulu
du moins leur assurer les débris de sa fortune
et leur réserver les restes d'un gage devenu
insuffisant.

C'est pour atteindre ce résultat que dès que
la faillite est déclarée la loi soumet à une régle-
mentation spéciale le patrimoine du débiteur et

lui en retire l'administration. Mais, comme le dit M. Thaller, il est rare que la faillite éclate inopinément, elle s'annonce par des symptômes avant-coureurs comme l'orage par des grondements lointains ou la maladie par la fièvre (1). Et tandis que ces signes précurseurs de la tempête l'avertissent du naufrage dans lequel vont sombrer tous ses biens, le débiteur se débat éperdument contre les difficultés, il sacrifie les droits de ses créanciers, de sorte que le jour où éclate la catastrophe, il ne leur reste plus à recueillir que quelques tristes épaves. Un éminent homme d'Etat anglais, M. Chamberlain, disait d'une bonne loi des faillites qu'elle devait s'efforcer « de diminuer le nombre des naufrages et de protéger le sauvetage (2). » Or, pour protéger le sauvetage, il ne suffit pas que la loi prenne en mains les intérêts des créanciers à compter du jour où la faillite est déclarée, il ne lui suffit pas de rassembler les quelques biens qui n'ont pas été engloutis, il faut qu'elle remonte au jour où s'est ouverte pour le débiteur la série des difficultés, car, à partir de ce jour, sa bonne foi devenait suspecte, la confiance de ses créanciers s'égarait, leurs intérêts étaient compromis.

C'est de cette époque originaire de la faillite, antérieure au jugement déclaratif, que nous au-

(1) Thaller. Des faillites en droit comparé, t. I, p. 373.

(2) Lyon-Caen. Loi anglaise sur la faillite du 25 août 1883. Introduction, p. II.

rons à nous occuper dans tout le cours de notre étude. En d'autres termes, et puisque la faillite c'est la cessation des paiements, nous allons avoir à déterminer la date de la cessation des paiements et les effets qui en découlent.

Lorsqu'on aborde l'examen d'une question juridique, rien n'est plus intéressant ni plus instructif que d'interroger le passé et de consulter les débats parlementaires qui ont préparé la solution actuellement appliquée. C'est par la connaissance approfondie des origines d'une législation et des intentions de ses auteurs qu'on parvient à en délimiter la portée et la sphère d'application. Aussi commencerons-nous par un court historique de la question.

Pour déterminer la date de la cessation des paiements, il faut savoir ce qu'est la cessation des paiements, quels sont les caractères qui distinguent cet état de l'état normal. Nous nous attacherons donc à indiquer les éléments essentiels qui constituent le fait de la cessation des paiements.

Il ne suffit pas de connaître les principes qui servent à découvrir l'époque de la cessation des paiements, il faut aussi savoir quelle est la procédure à suivre pour la faire fixer. Quel est le tribunal compétent ? Comment doit-il être saisi ? Quels sont les caractères du jugement indicatif de la date de cessation des paiements ?

De quels recours est-il susceptible ? Voilà autant de questions qui rentrent dans le cadre de notre sujet et que nous avons par conséquent à résoudre.

La date de cessation des paiements étant fixée, il importe d'en connaître les effets. Or, cette date a une influence considérable tant sur la condition de l'insolvable que sur le sort de ses actes. Elle a son intérêt au point de vue de l'admission au bénéfice de la liquidation judiciaire, de l'application des peines de la banqueroute, de la validité des opérations consenties par le failli. Nous ne pourrions malheureusement que glisser rapidement sur tous ces points qui composent une partie considérable de la matière des faillites.

Enfin, pour terminer, nous porterons nos investigations jusque dans les pays étrangers, et après avoir comparé leurs législations à la nôtre, nous donnerons notre appréciation sur le régime appliqué en France.

Notre étude va donc se partager en cinq chapitres qui sont :

CHAPITRE I^{er}. — Notions historiques sur la fixation de la date de la cessation des paiements.

CHAPITRE II. — Des règles et des faits qui servent à fixer l'époque de la cessation des paiements.

CHAPITRE III. — Du jugement qui fixe la date de la cessation des paiements.

CHAPITRE IV. — De l'importance de la fixation de la date de la cessation des paiements. De la période suspecte.

CHAPITRE V. — Examen critique et législation comparée.

CHAPITRE I

Notions historiques sur la fixation de la date de la cessation des paiements

La faillite n'a vu le jour que très tard en France ; c'est en réalité de l'Ordonnance du commerce de mars 1673 que date cette institution. Jusque-là, quelques édits avaient bien porté contre les banqueroutiers des peines sévères, voire même la peine de mort ; mais il n'existait pas de régime spécial pour le commerçant en état de cessation de paiements : le droit commun lui était seul applicable. L'Ordonnance de 1673 doit donc marquer le point de départ de notre étude rétrospective.

La célèbre ordonnance, si complète par ailleurs, n'avait tracé de la faillite qu'une grossière esquisse. Des douze titres qui la composaient, un seul, le titre onzième, comprenant treize articles, était consacré à cette importante institution : encore était-il enveloppé de la plus profonde obscurité. Aussi, quand, après la tourmente révolutionnaire, fut entreprise la confection du Code de commerce, le législateur se

trouva-t-il obligé d'édifier presque de toutes pièces une nouvelle organisation de la faillite.

Cette organisation vécut sans changement jusqu'en 1838. A cette date, trente années de pratique avaient démontré que la faillite de 1807 renfermait des vices nombreux et ne répondait plus aux exigences toujours croissantes du commerce. Une réforme s'imposait, elle fut accomplie par la loi du 28 mai 1838, qui nous régit encore actuellement.

Nous nous trouvons donc amené à partager ce chapitre en trois sections correspondant à la triple phase qui marque le développement de la législation française sur les faillites : l'Ordonnance de 1673, le Code de 1807, la Loi de 1838. Pour être complet, nous verrons sous un appendice les discussions auxquelles a donné lieu la question de la fixation de la date de cessation des paiements au cours des travaux préparatoires de la loi du 4 mars 1889 sur la liquidation judiciaire ; car, si cette loi a respecté les textes votés en 1838, elle a du moins été l'occasion de débats qu'il nous importe de connaître.

SECTION I. — Sous l'Ordonnance de 1673

L'ancien droit ne distinguait pas entre le moment où l'état de faillite était publiquement connu et l'époque précise à laquelle le commer-

cant avait commencé à suspendre ses paiements : la faillite ne datait que du jour où elle devenait manifeste. Or, d'après l'Ordonnance de 1673, deux indices seulement pouvaient révéler la faillite d'un individu : sa disparition et l'apposition des scellés sur ses biens ; et, chose remarquable, ces faits donnaient *de plano* ouverture à la faillite, sans qu'il fût besoin de l'intervention de l'autorité judiciaire. L'art. 1^{er} du titre XI de l'Ordonnance disposait en effet que « la faillite serait » réputée ouverte du jour que le débiteur se » serait retiré ou que le scellé aurait été apposé » sur ses biens (1). »

La retraite du débiteur n'entraînait, bien entendu, sa faillite que lorsqu'il avait fui pour échapper aux poursuites de ses créanciers ; elle était au contraire inopérante quand elle n'était pas motivée par une situation embarrassée, comme lorsqu'il s'agissait d'un voyage d'affaires (2).

Quant à l'apposition des scellés, tout le monde admettait qu'elle ouvrait la faillite, lorsque le

(1) Voir cette Ordonnance dans le Recueil général des anciennes lois françaises, par Jourdan, Decrussy et Isambert, T. XIX, p. 100.

(2) Patou (Commentaire sur les coutumes de la ville de Lille et de sa châtellenie, t. I, n° XL), cite à ce sujet une hypothèse intéressante. Un homme a quitté sa ville pour aller conclure quelques marchés dans un autre endroit. Il y séjourne quelque temps ; puis, convaincu de son insolvabilité, il fuit vers un lieu inconnu. De quel jour datera la faillite de ce débiteur ? Patou répond : « Du jour qu'il est sorti de sa ville où » il n'est plus rentré sans considérer son évasion de l'autre ville qu'on » regardera comme une suite de sa première sortie. Surtout s'il y » avait alors quelque dérangement dans ses affaires. »

débiteur la souffrait sans protester. « Tout débi-
» teur, dit Merlin, chez qui il existe une appo-
» sition de scellés contre laquelle il ne réclame
» pas et qui a été pratiquée pour l'intérêt de
» ses créanciers, est, par cela seul, censé failli
» et doit être jugé comme tel (1). » En était-il de
même quand le débiteur s'était opposé à l'appa-
sition des scellés ? Soulever cette question,
revient à demander si, dans l'ancien droit, on
pouvait être failli malgré soi. Nous verrons dans
un instant que la négative prévalait dans l'usage.

Les deux époques indiquées par l'Ordonnance
de 1673 n'étaient pas les seules qui, dans la
pratique, servaient de point de départ à la faillite.
On décidait généralement que le débiteur était
aussi en faillite du jour où il avait obtenu
*des lettres de répit ou des arrêts de défenses géné-
rales* (2). « Ces faillites sont même les plus
» dangereuses, observe Savary, parce qu'elles
» sont ordinairement préméditées et à dessein,
» pendant que les défenses subsistent, d'achever

(1) Merlin, Répertoire de Jurisprudence. V^{is} Faillite et Banqueroute, Sect. I, par. I.

(2) Jousse (Commentaire de l'Ordonnance du Commerce) sur le titre XI, n^o 1, définit les lettres de répit « des lettres de surséance que le roi
» accorde à des débiteurs soit négociants ou autres qui, par des acci-
» dents ou des pertes considérables qu'ils ont souffertes, se trouvent
» dans l'impuissance de satisfaire leurs créanciers et n'ont besoin que
» de quelque délai pour s'acquitter. » Le même auteur donne des
défenses générales la définition suivante : « Ce sont des lettres ou un
» jugement qui s'accordent à un débiteur pour un temps afin de le
» mettre à couvert de ses créanciers, pendant lequel temps il est fait
» défense d'attenter à sa personne. »

» de détourner les effets et de les emporter au
» préjudice des créanciers (1). » Enfin, on
admettait encore que la faillite s'ouvrait quand
le débiteur passait avec ses créanciers un con-
trat d'abandonnement ou qu'il déposait son bilan
au greffe (2).

Ce qui caractérise tous ces faits, c'est qu'ils
accusent d'une façon évidente l'impuissance du
commerçant à remplir ses engagements. Ils
constituent, comme dit Merlin, « un abandon du
» débiteur soit de fait, soit par déclaration :
» de fait, lorsqu'il se retire ou lorsqu'étant
» présent il laisse apposer les scellés sur ses
» biens ; par déclaration, lorsqu'il fait cession,
» qu'il dépose son bilan, etc. (3). » Mais c'était
une question controversée que celle de savoir
si, en l'absence des indices que nous venons
d'énumérer, la simple cessation des paiements
suffisait à ouvrir la faillite du débiteur. C'est
ainsi qu'on s'était demandé si le commerçant était
failli quand il se trouvait en retard de payer ou
qu'il avait laissé protester des lettres de change
ou encore qu'il avait encouru plusieurs condam-
nations. Jousse (4) et Ferrière (5) résolvaient la
question affirmativement ; mais Merlin nous

(1) Savary. Le Parfait Négociant, t. I, II^e partie, liv. IV, chap. 3.

(2) Merlin. op. cit. Eisdem verbis. Sect. I, par. I. — Denisart. Collec-
tion de Décisions nouvelles. V^o Banqueroute, n^o 17.

(3) Merlin. Ibidem.

(4) Jousse. Op. cit. sur le titre XI, art. 1^{er}.

(5) Ferrière. Dictionnaire de droit et de pratique. V^o Faillite.

apprend que la solution contraire était suivie dans la pratique. « Leurs assertions, dit-il, en » parlant de Jousse et de l'errière, n'ont d'autre » base qu'une imagination systématique et ne » s'accordent ni avec les principes, ni avec la » jurisprudence des arrêts (1). » Denisart nous enseigne de son côté « que l'on a pensé au » palais qu'une faillite n'était réputée ouverte » par cessation de paiement que quand cette » cessation était accompagnée de rupture de » commerce, clôture de boutique, de magasin, » de banque ou dépôt de bilan (2). »

La conséquence d'un pareil état de choses était de permettre au débiteur obéré de retarder, à son gré, l'ouverture de la faillite et même d'y échapper. La fuite, la fermeture des magasins, le dépôt de bilan sont des événements dont la réalisation dépend de la volonté du débiteur; quant à l'apposition des scellés, autre fait générateur de la faillite, elle n'avait lieu, dans l'usage, qu'après la survenance des premiers faits. Il suffisait donc à l'insolvable de le vouloir, pour se soustraire au désinvestissement et à la liquidation générale de ses biens.

En n'indiquant, comme constitutifs de la faillite, que deux symptômes d'un état qui peut se révéler de mille manières différentes, en laissant

(1) Merlin. Op. cit. Eisdem verbis. Sect. 1, par 1, n° 4.

(2) Denisart. Op. cit. Eodem verbo, n° 15.— Cf. aussi : Pigeau. Procédure civile du Châtelet de Paris. T. I, Liv. II, 1V^e partie, Tit. 1, Chap. 2.

au débiteur la liberté de retarder à sa convenance l'ouverture de sa faillite, l'Ordonnance de 1673 devait conduire dans la pratique aux plus graves abus. Aussi, cette institution devint-elle, dès l'origine, un instrument de fraude et une source d'enrichissement. C'était surtout dans le temps voisin de la faillite que les abus se produisaient. Le « *proximus decoctionis* » employait les derniers jours qui précédaient sa débâcle à dissimuler tout ou partie de son patrimoine ou à distribuer gratuitement des biens qui, de toute façon, devaient lui échapper. De leur côté, les créanciers les plus diligents et les mieux renseignés sur la situation précaire de leur débiteur mettaient tout en œuvre pour rentrer dans leurs fonds ou au moins pour se faire consentir des sûretés. Il en résultait qu'au moment où la faillite s'ouvrait le plus clair de l'actif était disparu ou absorbé par les privilèges au grand détriment de la masse. Et pour empêcher que le commerçant n'agisse en fraude des droits de ses créanciers avant l'ouverture de sa faillite, le législateur de 1673 n'avait pris que des mesures absolument insuffisantes. Il avait bien décrété la peine de mort contre les banqueroutiers frauduleux (1); mais, comme il arrive nécessairement de toute disposition excessive, celle-ci

(1) Art. 12 de l'Ordonnance : « Les banqueroutiers frauduleux seront » poursuivis extraordinairement et punis de mort. »

manqua son but et ne reçut que de très rares applications (1). Il avait également prononcé la nullité de « tous transports, cessions, ventes et » donations de biens meubles ou immeubles » faits en fraude des créanciers (2), » mais cette disposition n'avait rien de spécial à la faillite ; elle se bornait à rappeler ce principe de droit commun que les actes préjudiciables aux créanciers peuvent être annulés quand la fraude en est prouvée (3). Or, imposer aux créanciers l'obligation de démontrer la fraude de leur débiteur, c'était dans beaucoup de cas rendre impossible la révocation des actes qui leur étaient dommageables. Mille artifices peuvent en effet être employés pour donner aux actes une apparence de sincérité et « il est malaisé de donner » des règles certaines pour découvrir la fraude » qui peut être intervenue (4). »

Les vices de cette législation ne tardèrent

(1) Jousse (op. cit. sur le tit. XI, art. 12, p. 173), nous dit : « La » jurisprudence des arrêts a adouci cette rigueur. La peine ordinaire » qui se prononce aujourd'hui est celle de l'amende honorable, du pilori, » du carcan, des galères ou bannissement à temps ou à perpétuité, suivant les circonstances. Ces peines mêmes ne s'infligent que lorsque » l'accusé est atteint et convaincu d'une fraude manifeste et qui mérite » la vengeance publique. »

(2) Titre XI De l'Ordonnance, art. 4.

(3) Bravard Vegrières (Traité du Droit Commercial annoté par Demangeat, t. V, l. III, tit. I, p. 205), entend cette disposition dans le sens d'une nullité de plein droit ; mais il est le seul des auteurs modernes qui ait admis cette interprétation.

(4) Bornier : Ordonnance de Louis XIV sur le Commerce, tit. XI, art. 4.

pas à se faire sentir. Une déclaration royale du 18 novembre 1702 crut y mettre un terme en faisant remonter l'ouverture de la faillite au jour où elle serait « *publiquement connue* » et en frappant de nullité les actes faits par le failli dans les dix jours précédents (1). Cette importante déclaration, qui n'était que la généralisation à tout le royaume d'un règlement de la place des changes de Lyon du 2 juin 1667 (2), emprunté lui-même à la législation italienne, marquait un progrès sensible sur l'Ordonnance de mars 1673 (3) ; mais ce n'était encore là qu'un palliatif insuffisant. En prenant pour base du calcul en arrière de *la période suspecte* la notoriété des embarras du failli, le législateur de 1702 s'arrêtait à une date fugitive et élastique qui, dans bien des cas, devait être inexacte. D'autre part ce délai préfixe de dix jours pendant lequel le *proximus decoctionis* était assimilé au failli ne

(1) Lire cette déclaration dans Renouard. Traité des Faillites et Banqueroutes, t. I, p. 93.

(2) Voir ce règlement dans Renouard. Ibidem, p. 62.

(3) Savary (Parères ou avis et conseils : Parère XXXIX), mettant en parallèle le Règlement de 1667 et l'Ordonnance de 1673 préférerait cette dernière en ce qu'elle ne plaçait pas sous une présomption légale de fraude les actes accomplis par le commerçant dans le temps voisin de sa faillite. Il fondait son opinion sur ce que la fixation d'une période de nullité était dangereuse parce qu'elle avait pour conséquence de valider tous les actes faits en dehors de cette période. C'est là une grave erreur : la nullité qui frappait *ipso jure* les actes accomplis en temps suspect, n'empêchait pas d'attaquer les autres actes entachés de fraude, par application du droit commun (En ce sens Pigeau : Procédure civile du Châtelet, liv. II, partie IV, titre I, chap. 2.

répondait pas à la réalité des faits : il est des faillites qui s'annoncent de longue date, comme il en est d'autres qui éclatent presque subitement. Enfin, la déclaration de 1702 était incomplète en ce qu'elle laissait en dehors de ses dispositions toute une catégorie d'actes importants, les paiements. Cette lacune était d'autant plus regrettable que c'est surtout à l'occasion des paiements que l'intervention de la loi est nécessaire pour protéger le débiteur contre les obsessions de ses créanciers et pour assurer à ces derniers une situation égalitaire. Il est vrai que, malgré l'absence de texte, les paiements de dettes non échues étaient déclarés nuls ; mais les paiements de dettes échues faits dans les dix jours, la veille même de la faillite, étaient considérés comme valables et inattaquables (1).

Quoi qu'il en soit, l'Ordonnance de 1673 modifiée par la Déclaration du 18 novembre 1702 resta le droit commun de la France jusqu'en 1807. A la fin du XVIII^e siècle, les scandales et les abus qui désolaient le commerce appelaient impérieusement une réforme de notre régime de la faillite. Des critiques s'élevaient de toutes parts contre une organisation qui, loin de protéger le droit, assurait l'impunité de la fraude. Ces désordres et ces récriminations finirent par

(1) Toubeau : *Institutes consulaires*, livre II, titre XII, chap. 3. Savary, *Parère* 39 sur la 3^e question.

émouvoir le Gouvernement et « la nécessité » d'établir de nouvelles dispositions contre les » faillites fut peut-être le principal des motifs » qui détermina à rédiger un Code de Commerce (1). »

SECTION II. — Sous le Code de Commerce

Le 13 germinal an IX (3 avril 1801) un arrêté des consuls créait auprès du ministère de l'intérieur une Commission de sept membres chargée d'élaborer un projet de Code de Commerce.

Neuf mois plus tard ce travail était achevé et présenté aux consuls par M. Chaptal, ministre de l'intérieur (2). Ce projet donnait à la date d'ouverture de la faillite une importance exceptionnelle : il faisait remonter à cette époque le dessaisissement du failli et disposait que dans les dix jours précédents les actes à titre gratuit et les paiements de dettes non échues seraient nuls et que les engagements commerciaux seraient présumés frauduleux (3).

La Commission avait suivi pour la détermination de la date de la faillite les mêmes errements que le législateur de 1673. L'article 353

(1) Discours de Crétet au Conseil d'Etat, séance du 24 février 1807. Locré, t. 19 p. 62.

(2) Lire la partie de ce projet relative aux faillites et banqueroutes (77 articles) dans Renouard, op. cit. T. 1, p. 122 à 129.

(3) Art. 346-350 du premier projet.

du projet, qui réglait la question, attribuait à la déclaration du failli l'effet absolu de fixer l'ouverture de sa faillite ; ce n'était que dans le cas où le commerçant n'aurait pas fait lui-même l'aveu de sa situation que l'époque de la faillite devait être fixée « par la date du premier protêt » faute de paiement ; et à défaut de protêt par là date du premier acte qui constaterait le refus de payer (1). »

Un arrêté des consuls du 14 frimaire an X (5 décembre 1801) ordonna l'impression du projet et sa communication aux tribunaux et conseils de commerce, qui furent invités à donner leur avis. Le tribunal de cassation et les tribunaux d'appel furent également consultés.

L'article 353 suscita dans le monde judiciaire de vives critiques. Les tribunaux, et en particulier ceux de Paris et de Caen, dénoncèrent le danger que présentait le système de la Commission en fixant l'ouverture de la faillite au jour de la déclaration du débiteur : maître de retarder sa déclaration, le failli avait un moyen facile d'assurer le maintien des actes faits dans les dix jours qui auraient précédé l'ouverture réelle de sa faillite et même de ceux passés après cette époque (2). On s'étonna aussi de ce que le

(1) Art. 353 du premier projet.

(2) Observations des tribunaux de commerce de Cologne, t. II, première partie, p. 339 ; de Dijon, *ibid.*, p. 353 ; de Gand, p. 425 ; des Cours d'appel de Paris, t. I, p. 399 ; de Caen, t. I, p. 176.

projet qui, à défaut de déclaration du débiteur, prenait pour point de départ de la faillite la date du premier protêt ou de tout autre acte constatant un refus de payer n'ait pas attribué le même effet à la fuite du débiteur et à la clôture de ses magasins, qui sont des indices beaucoup plus caractéristiques de son insolvabilité (1). Enfin, une dernière critique portait sur ce membre de phrase de l'article 353 : « A défaut de déclaration, l'ouverture de la faillite est fixée par la date du premier protêt faute de paiement. » Cette rédaction paraissait aux tribunaux équivoque et arbitraire. Elle prêtait à l'équivoque parce qu'elle ne précisait pas s'il s'agissait du premier protêt depuis lequel le failli n'avait rien payé ou du premier des protêts dressés à sa charge. Elle était arbitraire et excessive, car un protêt ne révèle pas toujours une impossibilité de payer, et, à supposer même qu'il en fût ainsi, il était trop rigoureux de faire remonter à un simple protêt le dessaisissement du failli (2).

Les commissaires-rédacteurs, se rendant à la justesse de ces observations, amendèrent leur projet dans le sens indiqué par les tribunaux. L'article 353, rectifié, ne donnait plus à la déclai-

(1) Observations du tribunal de commerce d'Angers, t. II, première partie, p. 24; de Nancy, t. II, deuxième partie, p. 126; de Genève, t. II, première partie, p. 423.

(2) Observations du tribunal de commerce d'Autun, t. II, première partie, p. 74; de Besançon, *ibid.*, p. 131; des Cours d'appel de Dijon, t. I, p. 149; de Douai, t. I, p. 196; de Rouen, t. I, p. 291; de Rennes, t. I, p. 361.

ration du failli l'effet absolu et exclusif de fixer l'époque d'ouverture de la faillite; il désignait la disparition du failli et la clôture de ses magasins parmi les circonstances indicatives de cette époque; enfin, il n'attribuait le même effet au premier protêt et à tous les autres actes constatant un refus de payer qu'autant qu'ils seraient suivis d'une cessation complète de paiements.

La nouvelle rédaction présentée par la Commission fut reproduite à peu près textuellement par la Section de l'Intérieur du Conseil d'Etat dans les articles 4 et 5 de son projet. La Section crut bon toutefois d'ajouter par son article 6 que « lorsque la faillite surviendrait par la mort du débiteur, l'ouverture en serait fixée au jour du décès (1).

Le livre III du projet de Code de commerce, tout entier consacré à la faillite, fut soumis par la Section de l'Intérieur au Conseil d'Etat dans la séance du 24 février 1807 et les articles 4, 5 et 6 vinrent immédiatement en discussion (2). Ce qui frappa tout d'abord la docte assemblée, ce fut de voir la déclaration du failli au nombre des faits précisant l'époque de l'ouverture de la faillite. Sur les explications données par la Section que « l'esprit du projet était de forcer le failli à faire sa déclaration dans les trois

(1) Locré : Législation civile, commerciale et criminelle de la France, T. XIX, p. 71.

(2) Ibidem : Séance du 24 fév. 1807, p. 73 et 74.

jours », mais que, pour bien déterminer la date de la faillite il fallait, nonobstant cette déclaration, « se reporter au moment de la cessation des paiements, » l'article fut adopté. Au sujet de l'article 6 se posa la question de savoir si la faillite devait pouvoir être déclarée lorsqu'elle ne se découvrait qu'après le décès du failli. La discussion se termina par l'ajournement du vote de l'article qui ne reparut plus dans les rédactions suivantes.

Le Conseil ne s'était pas prononcé sur l'utilité d'un jugement fixant l'ouverture de la faillite. La discussion qui eut lieu le 14 mars 1807 de la seconde rédaction de l'article 17 du projet vint lui offrir l'occasion de trancher cette question. En disposant que « dans les vingt-quatre heures de la déclaration faite par le tribunal de l'ouverture de la faillite, il nommera l'un des juges pour commissaire-surveillant de l'administration de la faillite », cet article semblait supposer que l'époque de la faillite serait fixée par un jugement spécial. On fit ressortir que cette fixation par jugement entraînerait des lenteurs ; d'autant que les créanciers y feraient souvent opposition dans le seul but de faire avancer ou retarder à leur gré la date d'ouverture de la faillite. Jaubert insista au contraire pour qu'on laissât aux tribunaux le soin de

fixer cette date. Malgré ses efforts, il ne recueillit pas l'approbation du Conseil (1).

Le 9 avril 1807 une troisième rédaction des titres I, II et III du livre des Faillites et Banqueroutes fut proposée au Conseil d'Etat : l'article 4 devenait spécial à la déclaration de faillite et l'article 5 restait consacré à la détermination de la date d'ouverture de la faillite. Dans cette nouvelle rédaction, l'aveu du failli ne devait plus servir de point de départ à sa faillite qu'à défaut d'autre preuve. Cette modification fut approuvée sans réserves (2).

Après un nouveau remaniement, le livre III du projet de Code de Commerce fut représenté au Conseil d'Etat le 23 mai 1807. L'article 5 avait subi une légère retouche en ce sens que les actes donnant ouverture à la faillite ne devaient produire cet effet qu'autant qu'ils seraient suivis de la cessation de *tous* paiements et non pas simplement de la cessation des paiements, comme le portait le texte précédent. Beaucoup plus important et aussi plus heureux était le changement apporté au projet par le nouvel article 17, lequel disposait que le jugement déclaratif fixerait l'ouverture de la faillite et que ce jugement serait rendu public par voie d'affiches et d'insertions dans les journaux.

(1) Loaré. Législation de la France, t. XIX, p. 156, 164 et suiv. (Séance du 14 mars 1807).

(2) Loaré. Législation de la France, t. XIX, p. 215 (Séance du 9 avr. 1807).

L'adoption de ces dispositions ne souleva au sein du Conseil aucune objection (1).

Le Conseil d'État ayant achevé la discussion du livre III du projet de Code de commerce, la communication en fut faite aux sections réunies de législation et de l'intérieur du Tribunal, qui, à partir du 10 juin 1807, présentèrent leurs observations. De sérieuses améliorations étaient proposées par les sections réunies à la rédaction adoptée par le Conseil d'État. Elles demandaient, tout d'abord, de supprimer la déclaration du failli du nombre des circonstances propres à fixer l'ouverture de la faillite, en raison des fraudes auxquelles cette déclaration pouvait donner lieu. Les sections estimaient toutefois que cette déclaration devait être admise « en concurrence avec la cessation des paiements, » comme une des conditions alternatives, dont » l'une ou l'autre serait nécessaire pour déterminer le caractère des actes reconnus propres » à fixer l'ouverture de la faillite (2).

Les sections proposaient en second lieu d'exprimer dans la loi que c'est la cessation des paiements et non la cessation de *tous* paiements qui constitue la faillite; « autrement, » disaient-elles, on donnerait lieu à une interprétation abusive de la loi : quelques paie-

(1) Locré. Législation de la France, t. XIX, p. 386 et 387 (Séance du 23 mai 1807).

(2) Locré. Législation de la France, t. XIX, p. 424.

» ments seraient allégués comme preuve qu'on
» n'aurait pas cessé de payer (1).

Enfin, la rédaction du Conseil d'État ne faisait partir la faillite de la date d'un acte constatant le refus de payer qu'à la condition que cet acte fût suivi de la cessation des paiements. Les sections réclamaient la suppression du mot « suivis ». Elles motivaient en ces termes ce retranchement : « Il n'importe que les
» actes dont dépend l'ouverture de la faillite
» précèdent l'une des deux circonstances conditionnelles (la cessation des paiements ou la
» déclaration du failli) sans lesquelles ils ne font
» pas preuve ; ils produisent le même effet lorsqu'ils ont lieu simultanément (2). »

Toutes ces observations se référaient à l'article 5 du projet présenté par le Conseil d'État ; mais l'article 17 n'échappa pas davantage à la censure des sections réunies du Tribunal. Elles voulaient que le texte indiquât expressément que le mode de publicité du jugement indicatif de la date de la faillite fut celui de l'article 683 du Code de procédure civile. « La publicité
» du jugement par lequel le tribunal de commerce fixe l'ouverture de la faillite étant,
» disaient-elles, du plus haut intérêt, on ne doit
» pas se borner à dire que ce jugement sera

(1) Loaré. Législation de la France, t. XIX, p. 425.

(2) Loaré. Législation de la France, t. XIX, p. 425.

» inséré dans les journaux ; il faut rappeler le
» mode indiqué pour des cas analogues par le
» Code de procédure civile (1). »

Les sections ajoutaient que le jugement était susceptible d'opposition et que cette faculté d'opposition résulait du droit commun ; mais qu'il était bon pourtant de la consacrer par un texte, en raison de la spécialité de la matière (2).

Sur tous ces points, les amendements du Tribunal furent pris en considération et adoptés par le Conseil d'Etat dans un nouveau projet le 9 juillet 1807.

Pendant qu'on travaillait à la confection d'un Code de Commerce, Napoléon promenait ses armes triomphantes à Eylau et à Friedland. De retour en France, l'empereur se fit rendre compte de l'état des travaux de codification de nos lois commerciales. L'exposé du système adopté pour faire l'ouverture de la faillite ne souleva de sa part aucune critique.

Le livre III du Code de Commerce fut présenté au Corps législatif par de Ségur et Treilhard le 3 septembre 1807. Neuf jours après, à la suite des discours de Fréville et Tarrille pour motiver le vœu d'adoption émis par les sections réunies de législation et de l'intérieur du Tribunal, le Corps législatif décrétait à une énorme majorité

(1) Locré. Législation de la France, t. XIX, p. 428.

(2) Locré. Législation de la France, t. XIX, p. 428.

(220 voix contre 13) le projet qui lui était soumis. Promulguée le 22 septembre, la loi des faillites fut, comme le reste du Code de Commerce, déclarée exécutoire à partir du 1^{er} janvier 1808.

Tout le système du Code de Commerce sur la détermination de l'époque d'ouverture de la faillite se trouvait renfermé dans les articles 441, 454 et 457 ainsi conçus :

Art. 441. — L'ouverture de la faillite est déclarée par le tribunal de commerce : son époque est fixée, soit par la retraite du débiteur, soit par la clôture de ses magasins, soit par la date de tous actes constatant le refus d'acquitter ou de payer des engagements de commerce.

Tous les actes ci-dessus mentionnés ne constateront néanmoins l'ouverture de la faillite que lorsqu'il y aura cessation de paiements ou déclaration du failli.

Art. 454. — Par le même jugement qui ordonnera l'apposition des scellés, le tribunal de commerce déclarera l'époque de l'ouverture de la faillite.

Art. 457. — Le jugement sera affiché et inséré par extrait dans les journaux, suivant le mode établi par l'art. 683 du Code de procédure civile.

Il sera exécutoire provisoirement, mais susceptible d'opposition ; savoir : pour le failli, dans les huit jours qui suivront celui de l'affiche ; pour les créanciers présents ou représentés et

pour tout autre intéressé, jusques et y compris le jour du procès-verbal constatant la vérification des créances ; pour les créanciers en demeure, jusqu'à l'expiration du dernier délai qui leur aura été accordé.

L'époque de la cessation des paiements ainsi déterminée devait avoir sur les actes accomplis par le failli une influence prépondérante. Le Code de 1808 prononçait en effet la nullité générale et absolue de tous les actes postérieurs à cette date. Quant aux actes passés dans les dix jours précédents, ils étaient déclarés nuls de plein droit ou seulement annulables suivant qu'ils avaient le caractère d'actes à titre gratuit ou d'actes à titre onéreux.

Dans la pratique, la détermination de l'époque d'ouverture de la faillite donna naissance à de sérieuses difficultés. Les tribunaux se montrèrent pleins d'incertitude sur la portée de l'article 441 qui, en voulant préciser les faits constitutifs de la faillite, n'avait réussi qu'à semer la confusion. Peu de dispositions provoquèrent dans la jurisprudence des décisions aussi contradictoires. La loi n'ayant assigné aucune limite au report de la faillite, les tribunaux jugèrent universellement qu'ils pouvaient en faire remonter la date aussi loin qu'ils le voulaient ; c'est ainsi qu'on vit des ouvertures de faillites fixées à plus de neuf années en arrière.

Ces reports excessifs entraînant avec eux l'annulation des actes accomplis postérieurement par le failli jetaient la perturbation dans les relations d'affaires et ébranlaient fortement le crédit commercial. Ils étaient d'ailleurs d'autant plus à craindre que, dans le silence de la loi, les tribunaux s'étaient arrogé le droit de modifier à leur gré la date fixée dans le jugement déclaratif par des jugements ultérieurs qui, dans l'usage, prirent le nom de *jugements de report d'ouverture*. Le droit, en cette matière, est voisin de l'abus et plus d'un tribunal abusa de son droit en faisant remonter la faillite à une date très éloignée dans le seul but de faire tomber tels ou tels actes déjà anciens.

Ce n'est pas tout encore. Il répugnait aux tribunaux de faire rétroagir le dessaisissement du failli jusqu'au jour fixé pour l'ouverture de sa faillite : ils s'alarmaient des conséquences rigoureuses qui en dériveraient et ne pouvaient se résigner à créer un état de droit contraire à la situation de fait. Aussi la jurisprudence altéra-t-elle plus d'une fois le sens naturel du Code en ne faisant partir le dessaisissement que du jugement déclaratif. Nombre de tribunaux prétendirent même puiser dans le texte de la loi, sinon dans son esprit, la justification de leurs décisions en expliquant que l'article 442 ne datait le dessaisissement que « du jour de

la faillite » et non pas du jour de son ouverture.

Après quelques hésitations, la Cour de cassation avait fini par adopter ce système par deux arrêts des 28 mai et 22 juillet 1823 (1).

Cette jurisprudence avait rencontré dans la doctrine des partisans et des adversaires : les uns l'approuvèrent sans réserves comme essentiellement favorable aux intérêts du commerce, les autres la combattirent énergiquement : mais ceux-là mêmes qui s'y rallièrent ne purent s'empêcher de reconnaître qu'elle était la réformation bien plutôt que l'application de la loi.

Tel était l'état de la question quand fut entreprise la refonte de la loi des faillites.

SECTION III. — Loi du 28 mai 1838.

Vingt ans à peine s'étaient écoulés depuis la promulgation du Code de commerce que déjà le besoin de réorganiser le régime de la faillite se faisait sentir. Voulant donner satisfaction aux réclamations qui s'élevaient de toutes parts contre cette institution jugée défectueuse, le gouvernement adressa, le 22 mai 1827, une circulaire aux chambres de commerce, aux tribunaux et au conseil général du commerce pour leur demander « des observations motivées et déve-

(1) Dalloz. Jurisprudence générale, v^{ie} faillites et banqueroutes, n^{os} 272 1^o, et 273 1^o.

» loppées touchant les modifications que la loi
» sur les faillites serait susceptible de recevoir
» dans l'intérêt général du commerce. » Ces
observations furent recueillies au ministère de la
justice ; mais la Révolution de 1830 vint empê-
cher de les mettre à profit.

Le travail fut repris en 1833. Le 13 novem-
bre de cette année, M. Barthe, garde des sceaux,
chargea une Commission de 13 membres de la
préparation d'un projet de loi.

Ce projet fut présenté par le garde des sceaux
Persil, à la Chambre des députés, le 1^{er} décem-
bre 1834 (1). L'article 443 fixait l'ouverture de
la faillite à la date de cessation *notoire* de paie-
ments, et ordonnait la publication du jugement
de report dans la forme établie par l'article 683
du Code de procédure civile. Les articles 579-582
ouvraient contre ce jugement les voies de l'oppo-
sition et de l'appel.

Le projet ne datait plus le dessaisissement du
failli que du jour du jugement déclaratif et se
bornait à présumer frauduleux, sauf la preuve
contraire, les actes faits dans l'intervalle de la
cessation des paiements au jugement déclaratif.

Une Commission fut choisie pour examiner
le projet et Renouard en fut nommé rapporteur.
Il présenta son rapport à la Chambre des députés

(1) Séance du 1^{er} Décembre 1834 : Exposé des motifs du projet de loi sur
les faillites et banqueroutes par le garde des sceaux. (*Moniteur* du 5 déc.,
p. 2152 et suiv.)

le 26 janvier 1835 (1). Le savant jurisconsulte motivait en ces termes l'article 443 qui fixait l'ouverture de la faillite d'après la notoriété de la cessation des paiements : « Le jugement déclara-
» ratif emporte ouverture de plein droit; mais
» l'ouverture peut être reportée à une époque
» antérieure à la déclaration. On a souvent abusé
» de cette disposition. Dans la vue d'anéantir
» certains actes, on a fait remonter les faillites
» à des époques tellement antérieures au jugement de déclaration que des opérations consommées quelquefois depuis plusieurs années se sont tout à coup trouvées atteintes. Il faut
» remédier à ces inconvénients; mais il n'est ni
» possible, ni désirable de refuser aux tribunaux
» la faculté de mettre d'accord le droit avec le
» fait, en reportant en arrière l'ouverture d'une
» faillite. Il arrive fréquemment, en effet, que
» l'état des affaires du failli et l'époque précise
» de la cessation de ses paiements ne puissent
» pas être appréciés et que la connaissance ne
» s'en révèle avec exactitude que par des renseignements ultérieurs. Pour fixer l'époque
» d'ouverture, l'article 443 du projet n'exige pas
» seulement une cessation réelle de paiements,
» il veut aussi que cette cessation soit devenue
» notoire. L'équité l'exigeait, car l'ouverture de
» la faillite ébranlant un grand nombre d'actes

(1) *Moniteur* du 31 janvier 1835, p. 246.

» dans lesquels des tiers sont intéressés, il faut
» que la notoriété ait pu instruire les tiers du
» véritable état des affaires du failli. »

L'article 443 fut d'abord adopté sans observations par la Chambre des députés dans sa séance du 9 février 1835 (1). Il parut même à beaucoup avoir remédié très heureusement à l'abus des reports illimités. Mais quand on arriva à la discussion de l'article 444 qui présumait frauduleux tous actes ou paiements faits par le débiteur après l'ouverture de la faillite et avant le jugement déclaratif, le système du projet, non seulement sur les effets de l'ouverture de la faillite mais sur sa fixation elle-même, suscita au sein de la Chambre de sérieuses objections. Un vif et brillant débat s'engagea sur le mot *notoire* inséré dans l'article 443 et sur les conséquences qui devaient découler de la fixation de la date de cessation des paiements au jour où cette cessation serait devenue notoire. Les adversaires du système adopté par la Commission et le gouvernement déclaraient que la notoriété publique de la cessation des paiements est un fait vague, indécis, variant de localité à localité et suivant l'appréciation de chaque tribunal. Ils ajoutaient que la notoriété se conçoit bien à l'égard d'une maison puissante ; mais nullement par rapport à un petit commerçant

(1) *Moniteur* du 10 février 1835, p. 294 et suiv.

presque inconnu. Ils faisaient ressortir enfin que la cessation notoire des paiements ayant pour corollaire nécessaire la présomption légale de fraude des actes postérieurs à sa date, mettrait à charge des tiers la preuve de leur bonne foi et porterait ainsi atteinte au double principe que nul n'est tenu de faire une preuve négative et que la bonne foi se présume. M. Thil, ému de tous ces inconvénients, demandait même qu'on en revînt à la théorie du Code de commerce.

A toutes critiques, les partisans du projet et notamment MM. Renouard, Parant, Teste, Chara-maule et le garde des sceaux Persil répondaient que la condition de la notoriété de la cessation des paiements avait le précieux avantage d'empêcher le report illimité de la date d'ouverture de la faillite, que la notoriété était un terme précis sur la signification duquel on ne pouvait équivoquer, qu'enfin il était juste de faire peser le fardeau de la preuve sur celui qui, se plaçant dans une situation exceptionnelle, soutenait qu'il avait traité avec le failli dans l'ignorance de sa détresse alors que cette détresse était connue de tous.

Plusieurs députés allèrent même plus loin dans la voie des récriminations : ils critiquèrent la faculté accordée aux tribunaux de reculer la date de la faillite comme une cause de trouble et de défiance dans les relations commerciales.

Dans la séance du 10 février 1835, M. Mauguin avait combattu cette liberté de report, s'en prenant très vivement à la Commission, « qui n'avait » pas, disait-il, répondu à l'attente qu'on aurait » pu fonder sur elle (1). » Le lendemain, il renouvelait ses attaques, déclarant que le report était inutile et que le droit commun suffisait à réprimer la fraude. Ce fut alors qu'il présenta un amendement portant que « dans aucun cas, » la faillite ne pourrait remonter au-delà d'un » mois de la date du jugement qui l'aurait » déclarée. »

M. Lafitte voulait même que la faillite ne pût être reportée à plus de vingt-quatre heures.

La proposition Mauguin fut énergiquement combattue par M. Teste : « Nous entrons, s'écriait-il, dans l'Eldorado des faillites. Nous faisons » là des invitations qui ne manqueront pas de » trouver des échos. En présence des maux dont, » à mon avis, cet amendement menace mon » pays, je vous prie de pardonner la chaleur » de mon langage. Vous avertissez à l'avance, » vous avertissez celui qui sent ses affaires » décliner, qui se résigne à faillir ; vous l'avertissez de ce qu'il peut faire impunément.

» Voici sa conduite : il prolonge son agonie » de trente jours. Le trentième jour arrivé, il » respire. Il n'y a plus de recours possible. Il

(1) *Moniteur* du 11 février 1835.

» fraudera... C'est un brevet d'impunité ; que
» dis-je, un brevet d'encouragement qu'on donne
» à la fraude pour consommer la spoliation des
» masses (1). »

L'amendement de M. Mauguin fut repoussé et celui de M. Lafitte, mollement appuyé par quelques députés, subit le même sort. La discussion se termina par l'adoption d'un article proposé par M. Mauguin et qui, au fond, sinon dans la forme, était identique à l'article 447 de la loi actuelle. En voici les termes : « Tous
» actes ou paiements faits par le débiteur, dans
» l'intervalle qui s'est écoulé entre l'ouverture
» de la faillite et le jugement qui l'a déclarée,
» pourront être annulés, s'ils ont eu lieu soit
» de mauvaise foi, soit avec connaissance de la
» part de ceux qui ont traité avec le failli, du
» mauvais état de ses affaires (2). »

La séance du 24 février 1835 (3) amena la discussion des voies de recours que les articles 579-582 du projet ouvraient contre le jugement déclaratif de faillite et le jugement de report. L'article 579 qui rendait le jugement déclaratif « susceptible d'opposition de la part du failli dans la huitaine et de la part de toute autre partie pendant un mois », à compter du jour de sa publication, fut adopté sans modifications.

(1) *Moniteur* du 12 février, p. 308 et suiv.

(2) *Moniteur* du 12 février, p. 308 et suiv.

(3) *Moniteur* du 25 février, p. 417.

L'article 580 qui frappait d'irrecevabilité « toute demande tendant à faire fixer l'ouverture de la faillite à une date autre que celle qui résulterait du jugement déclaratif de la faillite ou d'une disposition postérieure après la formation du concordat ou après le mois qui suivra la nomination des syndics définitifs » provoqua des réclamations. M. Wustemberg fit très justement observer que ce texte aurait pour effet de laisser incertaines, au moment de faire un concordat, les ressources à offrir aux créanciers. Le rapporteur proposa de déclarer irrecevable la demande faite « après l'expiration des délais pour la vérification et l'affirmation des créances, » et l'article ainsi amendé fut adopté.

L'article 581 qui refusait l'appel à ceux qui avaient laissé passer les délais d'opposition fut maintenu.

Une discussion s'engagea au contraire sur l'article 582 qui n'autorisait l'appel des jugements rendus en matière de faillite que dans les dix jours à compter de leur signification. Plusieurs députés trouvèrent ce délai trop court et proposèrent d'abord un mois, puis vingt jours. M. Dubois indiqua comme moyen terme quinze jours et cette dernière proposition obtint l'assentiment de la Commission et de la Chambre.

Le 25 février 1835, la Chambre, qui avait épuisé la discussion du projet de loi sur les

faillites, l'adoptait dans son ensemble avec les modifications votées au cours de ses séances (1).

Le projet fut présenté à la Chambre des pairs par M. le garde des sceaux Persil, le 28 mars 1835 (2). Dans son discours de présentation M. Persil proposait d'en revenir au système primitif d'après lequel tous les actes faits par le failli depuis l'époque où la cessation de ses paiements était devenue notoire devaient être présumés frauduleux et nuls à ce titre. Il s'élevait très vivement contre la théorie contraire admise par la Chambre des Députés. Ce fut pourtant cette dernière qui eut toutes les préférences de la Chambre des Pairs. Elle consacra également le principe de la rétroactivité de la faillite malgré l'opposition de certains de ses membres. Son rapporteur, M. Tripier, justifia ainsi ce principe : « ... La minorité de la Commission a observé.... que la rétroactivité » donnée aux faillites est une source féconde de » contestations judiciaires qui seraient prévenues » si l'ouverture était fixée par une disposition » absolue au jour du jugement.

» Cette disposition aurait sans doute l'avantage de prévenir les procès qui s'élèvent sur » la nullité des opérations faites par le failli » depuis la cessation des paiements jusqu'au

(1) *Moniteur* du 26 février 1835.

(2) *Moniteur* du 29 mars 1835, p. 648.

» jugement déclaratif de la faillite. Mais à quels
» dangers les créanciers ne seraient-ils pas
» exposés par un pareil principe ?

» A dater de la faillite, tout l'actif du débi-
» teur est le gage commun de ses créanciers ;
» leur sort doit être égal ; nul ne peut être
» avantagé au préjudice des autres. Que devien-
» drait cette loi de l'égalité, si tous les actes
» faits par le débiteur jusqu'au jugement, étaient
» maintenus indistinctement ? Il pourrait, après
» la cessation de ses paiements, disposer en
» maître de son actif, le distribuer arbitraire-
» ment à ses créanciers, avantager les uns,
» dépouiller les autres, et déclarer sa faillite
» lorsque son actif serait entièrement absorbé
» et ne laisserait à la masse qu'une ruine totale.

» Ce système contraire à l'équité ferait vio-
» lence à la raison et à la nature des choses.
» La faillite existe par le seul fait de la cessa-
» tion des paiements : le jugement qui la déclare
» ne la crée pas ; il doit donc la fixer à l'époque
» à laquelle son existence se réfère.

» A partir de cette époque, le débiteur doit
» être frappé d'une incapacité légale pour tous
» les actes qui pourraient nuire à ses créanciers.

»..... Les inconvénients qui étaient nés de
» cette rétroactivité donnée à l'ouverture de la
» faillite provenaient principalement de l'incer-
» titude laissée par le Code sur les signes aux-

» quels elle pourrait être reconnue et qui permet-
» traient de la reporter à une date antérieure de
» plusieurs années sur la représentation de
» quelques protêts. Le projet fait cesser cet abus
» en précisant l'époque de la cessation notoire
» de paiements comme la seule à laquelle l'ou-
» verture peut être reportée. Cette restriction ne
» permettra pas de franchir un long intervalle :
» une notoriété ne peut être longtemps secrète. »

M. Tripiier justifiait ensuite la faculté laissée aux tribunaux par le projet de déterminer par un jugement ultérieur au jugement déclaratif de faillite la date de cessation des paiements et la limitation de cette faculté aux délais de vérification et d'affirmation de créances.

Parlant des actes postérieurs à l'époque de cessation de paiements, il disait : « Il faut réserver dans la loi et confier aux tribunaux le pouvoir de maintenir ou d'annuler les actes et les paiements faits dans l'intervalle de la cessation des paiements au jugement, suivant leur nature et la bonne ou la mauvaise foi des contractants (1). »

Les remaniements successifs auxquels avait été soumis le projet original en avait rompu l'homogénéité. M. le garde des sceaux Sauzet, qui avait succédé à M. Persil le 22 février 1836, eut l'heureuse inspiration de faire procéder à

(1) Séance du 10 mai 1836, *Moniteur* du 12, p. 1061 et suiv.

une revision complète du projet, article par article, par une Commission spéciale. Le 17 janvier 1837, ce travail de revision étant terminé, le projet fut présenté à la Chambre des pairs par M. Persil, redevenu garde des sceaux (1). Un revirement complet s'était opéré dans les idées du gouvernement : autant il s'était jadis montré hostile à la théorie admise par la Chambre des Députés et par la Commission de la Chambre des pairs, théorie qui consistait à ne frapper de nullité les actes postérieurs à la date de cessation des paiements que si les cocontractants du failli avaient connu sa situation, autant il apportait maintenant de chaleur à défendre ce système : « Doit-on, disait le garde des sceaux » dans son exposé des motifs, doit-on reporter » l'ouverture de la faillite avec toutes ses conséquences à une époque où elle n'était point » encore nécessairement et universellement connue ? Doit-on faire rétroagir le principe du » dessaisissement du failli jusque dans un temps » où le débiteur non dessaisi de fait se livrait » encore ostensiblement à l'exploitation de son » commerce ? Serait-il juste de frapper d'une » présomption légale de fraude tous les actes » passés avec lui dans une pareille situation ?

» La Chambre des Députés et la Commission » de la Chambre des pairs n'ont point voulu

(1) *Moniteur* du 18 janvier 1837, p. 122.

» admettre un système aussi rigoureux. Le gouvernement s'associe à leur pensée et renonce
» à établir comme préexistant au jugement
» déclaratif de faillite la présomption légale de
» la notoriété de l'état du failli.

» La conséquence la plus importante du report
» de l'ouverture étant supprimée, l'on s'est demandé s'il ne conviendrait pas d'abolir entièrement le principe de la rétroactivité de la
» faillite. De mûres réflexions nous ont convaincu
» que ce principe auquel se rattachent encore
» des effets importants et nécessaires doit être
» maintenu dans la loi. »

Ces effets importants et nécessaires dont parle M. Persil devaient consister dans la nullité de droit des actes à titre gratuit et de quelques actes équipollents ayant pour cause « le désir d'avantager un ancien créancier au préjudice des autres », et dans l'annulation des actes à titre onéreux faits avec connaissance de la cessation de paiements.

Après quelques légères corrections, le projet du gouvernement reçut l'approbation de la Chambre haute dans les séances des 8 et 10 mai 1837 (1). La fixation de la date de cessation des paiements y était régie par les articles 441 et 442 et les voies de recours contre les jugements rendus sur ce point étaient organisées par les

(1) *Moniteur* du 9 mai 1837, p. 1115, et du 11 mai, p. 1143.

articles 579 à 581. On avait soigneusement écarté de la nouvelle rédaction les expressions si controversées d'*ouverture* et de *report* de faillite. La date de la cessation des paiements était déterminée par le jugement déclaratif ou par un jugement ultérieur et, à défaut de fixation spéciale, par la date du jugement déclaratif de faillite. La condition de notoriété de la cessation des paiements, si longtemps discutée, était supprimée. Enfin la voie de l'appel était ouverte contre tout jugement rendu en matière de faillite, même au profit de ceux qui n'y auraient pas formé opposition.

Le projet fut présenté à la Chambre des Députés par M. le garde des sceaux Barthe, le 15 janvier 1838 et renvoyé à une Commission spéciale qui choisit M. Quénault comme rapporteur (1).

La discussion s'ouvrit sur l'article 441 le 27 mars et occupa trois longues séances (2). Un débat qui fit époque dans les annales parlementaires s'engagea à propos d'une proposition de M. Goldbéry tendant à fixer l'ouverture de la faillite à la date de la cessation *notoire* des paiements, comme dans le projet originaire. Tous les arguments développés en 1835 pour ou contre le système de la notoriété furent à nouveau invoqués. L'auteur de l'amendement soute-

(1) *Moniteur* du 16 janvier 1838, p. 405.

(2) Séances des 27, 28 et 29 mars 1838. (*Moniteur* des 28, 29 et 30 mars).

naît que la notoriété était un criterium certain dont le législateur s'était d'ailleurs servi en matière d'interdiction. Il insistait sur cette considération que la condition d'une cessation notoire de paiements aurait pour avantage d'éviter que cette cessation ne fût reportée à une époque trop reculée. « Croyez-le, Messieurs, s'écriait » Goldbéry, il faut à cette loi une disposition » qui indique aux juges qu'il ne faut pas reporter » fort loin l'ouverture de la faillite ; soit qu'on » adopte le système de nullité des actes de » l'ancien projet, soit qu'on s'attache à celui du » nouveau, il restera toujours un grand nombre » d'actes exposés à l'annulation ; il est impor- » tant d'éviter qu'on n'aille les rechercher dans » un passé de plusieurs années (1). »

Le débat s'élargissant porta bientôt non seulement sur l'époque de cessation des paiements, mais encore sur les effets qu'il convenait d'y attacher : les deux questions avaient entre elles une telle connexité qu'il paraissait impossible de les séparer dans la discussion. M. Teste développa avec autant d'énergie que de talent la thèse de la présomption légale de fraude qu'il avait déjà soutenue auparavant. Toute son argumentation peut se résumer ainsi : vous autorisez le report de la cessation des paiements ; mais alors, puisque vous créez un état qui ne

(1) Séance du 27 mars 1838. *Moniteur* du 28, p. 705 et suiv.

peut être qu'un état d'incapacité ou de dessaisissement, vous ne pouvez attacher aux actes accomplis dans ces conditions une présomption de sincérité et de validité. « Faillite ! ouverture » de faillite à partir de tel jour, et cependant » validité des actes postérieurs ! Cela ne se con- »çoit pas. »

« L'état de faillite, ajoutait M. Teste, est un » état anormal, c'est une exception, c'est un » trouble apporté dans la marche générale des » affaires commerciales, et quand un tel fait se » réalise, il y a place au soupçon, alors il y » a présomption de fraude ; et il y a tellement » présomption de fraude que, dans le système » du Code de commerce, le failli, par le seul » fait de la faillite, est placé en état de préven- » tion, et qu'il est obligé de rendre compte de » sa conduite, de justifier les causes de sa » faillite. Il est en prévention : nous allons jus- » que là pour le seul fait de la faillite ; et vous » voulez que les actes, je ne dis pas antérieurs » à la faillite, remarquez-le bien, mais que les » actes postérieurs à la faillite soient exempts » de ce soupçon, qu'ils apparaissent à la jus- » tice avec toute l'autorité que les conventions » obtiennent dans les cas ordinaires... Messieurs, » jamais, à mon avis, les principes du droit » commun, auxquels je me plais à rendre hom- » mage, n'ont été plus dangereusement déplacés. »

L'amendement de M. Goldbéry fut très vivement combattu par le rapporteur, M. Quenault. Celui-ci rappela les diverses raisons qui avaient fait écarter de la nouvelle rédaction le caractère de notoriété que le projet primitif avait attaché à la cessation des paiements.

Au cours de la discussion M. Jacques Lefebvre avait proposé, sur l'article 441, un amendement ainsi conçu : « Par le jugement déclaratif de la faillite, ou par jugement ultérieur rendu sur le rapport du juge-commissaire, le tribunal déterminera, soit d'office, soit sur la poursuite de toute partie intéressée, l'époque à laquelle a eu lieu la cessation des paiements. *Cette époque ne pourra précéder de plus d'un an celle du jugement déclaratif de la faillite.* »

Mais à la suite des débats dont nous venons de parler, cet amendement fut retiré et l'article 441 fut voté tel que l'avait présenté le gouvernement (1).

Immédiatement après l'adoption de cette disposition, M. Jossion proposa une disposition additionnelle ayant pour objet d'indiquer qu'à défaut de détermination spéciale, la cessation des paiements serait réputée avoir eu lieu, en cas de faillite déclarée d'une personne décédée, à partir du jour du décès. L'idée qu'exprimait cet amendement était assurément très juste ; mais son

(1) Séance du 29 mars 1838. (*Moniteur* du 30, p. 730 et suiv.)

évidence même en démontrait la parfaite inutilité. Aussi ne fut-il pas pris en considération.

L'article 442 qui réglait le mode de publicité du jugement fut adopté sans observation (1) ; il en fut de même des articles 580 à 582 qui organisaient les voies de recours dont ce jugement était susceptible (2).

L'ensemble du projet fut voté par la Chambre des Députés dans sa séance du 5 avril 1838 (3). Renvoyé à la Chambre des pairs le 16 du même mois, il fut approuvé sans discussion par 107 voix contre 5 à la séance du 14 mai 1838 (4) et devint la loi du 28 mai 1838, encore actuellement en vigueur.

(1) Séance du 29 mars 1838. (*Moniteur* du 30).

(2) Séance du 5 avril 1838. (*Moniteur* du 6, p. 812).

(3) Séance du 5 avril 1838. (*Moniteur* du 6, p. 812).

(4) *Moniteur* du 15 mai 1838, p. 1247.

APPENDICE

Le Report de la date de cessation des paiements et les travaux préparatoires de la loi du 4 mars 1889 sur la liquidation judiciaire.

La faculté illimitée du report laissée aux tribunaux par la loi de 1838 fut plusieurs fois attaquée au cours des discussions qui préparèrent l'organisation du régime de la liquidation judiciaire. Déjà, lors de la consultation générale demandée aux tribunaux et aux chambres de commerce sur les améliorations dont était susceptible la législation des faillites, la plupart des chambres de commerce, le tribunal de commerce de la Seine et la Cour de Montpellier avaient réclamé la fixation d'un délai maximum au-delà duquel la date de la cessation des paiements ne pût être reportée.

Le projet élaboré par le Conseil d'Etat en 1882 donnait satisfaction à ces réclamations en restreignant à une année la faculté de report. « L'article 447 reproduit l'article 441 du Code, lit-on dans l'exposé des motifs ; mais il y apporte » une modification importante : la suspension

» des paiements ne peut être reportée qu'à un
» an avant le jugement qui la déclare... Cette
» limitation de la faculté de report accordée au
» tribunal a pour objet de soustraire les tran-
» sactions commerciales à l'incertitude, de sauve-
» garder l'intérêt des tiers de bonne foi, au ris-
» que de laisser quelques actes répréhensibles
» échapper à l'annulation. Votre section, imitant
» des peuples voisins qui s'en trouvent bien, a
» choisi, entre deux maux, celui qui lui a
» semblé le moindre (1). »

La Commission désignée pour examiner le projet de loi et les amendements proposés relativement à la faillite conclut au rejet du système de limitation du report à une année. M. Laroze, son rapporteur, motivait en ces termes cette décision : « Il arrive très souvent
» qu'un créancier important, par exemple un ban-
» quier en relations avec le débiteur, se fait don-
» ner tout ou partie de l'actif de celui-ci. Il
» connaît mieux que personne l'état de cessation
» de paiements de son client ; mais afin de lais-
» ser au temps le soin d'effacer le souvenir du
» paiement qu'il s'est ainsi attribué, il soutient
» de son crédit le commerçant qui l'a payé,
» puis, lorsqu'un an, dix-huit mois se sont
» écoulés, il le laisse succomber. Si la dispo-
» sition dont nous nous occupons était adoptée,

(1) *Journal officiel*, Doc. parl. de nov. 1882, p. 2295 et suiv.

» ce banquier échapperait à toute action en
» rapport, et cependant sa conduite est des plus
» répréhensibles.

» D'ailleurs, n'est-il pas vrai que les actions
» en rapport de sommes indûment payées sont
» équitables au plus haut point ? Ne rétablis-
» sent-elles pas l'égalité entre les créanciers,
» souvent audacieusement violée ? Dès lors, pour-
» quoi distinguer entre la date des jugements ?
» Pour être ancienne, l'opération en est-elle
» moins coupable ?

» On soutient que l'on veut protéger la bonne
» foi ; mais, si elle existe, le créancier assigné
» en fera la preuve et échappera au rapport de
» la somme payée. Quant au trouble que ces
» légitimes actions peuvent apporter dans les
» transactions commerciales, nous le croyons
» sans importance et nous pensons que le trou-
» ble moral qu'occasionnent les manœuvres du
» créancier qui veut se faire payer au détriment
» de l'égalité est assez grave pour que le légis-
» lateur ait le devoir de l'empêcher (1). »

Dans la séance du 20 octobre 1888, une nouvelle tentative fut faite en vue de restreindre la faculté de report. La Chambre discutait l'article 19 du projet ; M. de la Bâtie proposa d'y ajouter un paragraphe ainsi conçu : « L'époque

(1) *Journal officiel* du 17 février 1884, Débats parl., p. 439. Doc. parl. de mars 84, p. 228, annexe n° 2632.

» de la cessation des paiements ne pourra jamais
» être reportée à plus de deux ans de la date
» du jugement déclarant la liquidation ouverte,
» ou de la date du jugement prononçant la fail-
» lite, s'il n'y a pas eu de jugement d'ouverture
» de la liquidation. » M. de la Bâtie fit ressortir
que cette réforme répondait aux vœux maintes
fois formulés par les Chambres de commerce et
par toutes les pétitions déposées sur le bureau de
la Chambre à propos de l'ancienne législation des
faillites. Il ajouta que par ce moyen » les opé-
» rations faites avec le débiteur ne se trouve-
» raient plus exposées à ces surprises fâcheuses,
» à ces bouleversements parfois si regrettables
» qui amènent un créancier qui a reçu de longue
» date un paiement ou qui a fait quelque traité,
» à voir tout à coup le paiement annulé ou l'acte
» infirmé (1). »

La question fut renvoyée à la discussion du
projet de réforme complète de la loi des faillites,
c'est-à-dire, pour employer une expression vul-
gaire, qu'elle fut bel et bien enterrée.

Ici s'arrête la genèse de la législation relative
à la matière que nous traitons. Il nous reste
maintenant à rentrer dans le détail des disposi-
tions dont notre étude historique nous a révélé
l'esprit et la portée.

(1) *Journal officiel* du 21 octobre 1888, p. 2238.

CHAPITRE II

Des règles et des faits qui servent à fixer l'époque de la cessation des paiements

GÉNÉRALITÉS

La détermination de la date de la cessation des paiements est avant tout une question de fait dont la solution échappe à toute réglementation générale et absolue. Aussi, les rédacteurs du Code de commerce avaient-ils été très mal inspirés en cherchant à donner la liste des symptômes auxquels on pourrait reconnaître que la vie commerciale s'était éteinte. Loin de faciliter la tâche des juges, cette énumération forcément incomplète devait être et fut effectivement, dans la pratique, la source de grosses difficultés. Mieux avisé, le législateur de 1838 s'abstint soigneusement de formuler aucune règle sur cette matière, laissant aux tribunaux de commerce pleine et entière liberté pour fixer, d'après l'ensemble des faits et circonstances de chaque cause, l'époque à laquelle le failli avait

cessé de faire face à ses engagements. C'était le parti le plus sage et le seul à prendre en présence d'un fait dont l'existence peut se révéler de mille manières différentes. « *Ad probandum decoctionem, disait Casaregis, certa regula non est in jure determinata neque ad probandum quando quis sit proximus decoctionis* (1). »

Mais en accordant aux juges un pouvoir discrétionnaire, quant à la fixation de la date de cessation des paiements, la loi leur a confié une grave et délicate mission. C'est une mission importante parce que la date de cessation de paiements influe considérablement sur la condition du commerçant ruiné et sur le sort des actes qu'il a passés. C'est aussi une mission difficile parce que, placés entre la masse des créanciers dont l'intérêt tend naturellement à faire rentrer dans le patrimoine du failli les biens qui en étaient sortis et les tiers qui luttent pour le maintien de droits acquis, les juges ont à éviter un double écueil : l'augmentation injuste du gage commun au détriment de quelques-uns et l'enrichissement de ces derniers au préjudice de la masse. Savent-ils y échapper ? Nous nous permettrons d'en douter. Beaucoup de tribunaux se préoccupent plus des conséquences que pourra entraîner la fixation de la cessation des paiements à telle date que du point de savoir si

(1) Casaregis. Discours 179, n° 88.

c'est effectivement à cette date que le failli a commencé à ne plus faire honneur à ses affaires.

Et cependant, pouvoir discrétionnaire n'est pas synonyme de pouvoir arbitraire. Sans doute les juges n'ont à se prononcer que selon leurs convictions personnelles; mais encore faut-il que la date qu'ils choisissent soit marquée par des faits bien caractéristiques de cessation de paiements. Or, si en raison de la complexité et de la diversité de l'état de cessation des paiements, il est impossible de déterminer tous les éléments qui constituent cet état, du moins peut-on poser les principes essentiels qui doivent guider le juge dans ses appréciations.

Ce sont ces principes que nous allons établir en répondant aux deux questions suivantes que suggère l'expression « cessation des paiements » employée par la loi :

1° *Qu'est-ce que cesser ses paiements ?*

2° *De quels paiements s'agit-il ?*

Après avoir tracé les règles nous descendrons dans les applications en répondant à cette troisième question : *Quelles sont les circonstances qui peuvent révéler la cessation des paiements et en fixer la date ?*

Observons, toutefois, avant de commencer notre étude, que les caractères de la cessation des paiements ne doivent pas, au point de vue de la détermination de sa date, être appréciés

autrement que s'il s'agissait de la déclaration de faillite. En d'autres termes, il faut qu'à l'époque à laquelle le tribunal fait remonter la cessation des paiements, la situation du commerçant fût telle que la faillite eût été déclarée si elle avait été demandée. « Il serait inadmissible, fait » très justement observer Dalloz, que la même » expression employée par les articles 437 et 441 » dût avoir deux sens différents (1). »

SECTION I. — Qu'entend-on par cesser ses paiements ?

La vie commerciale d'un individu s'affirme par l'exécution régulière et normale de ses

(1) Dalloz, Jurispr. générale, supplém., vis faillites et banqueroutes, n° 331. Adde : Fernand Labori : Répertoire encyclopédique du droit français, v° faillite, n° 74. Lyon-Caen : Précis de droit commercial, t. 2, n° 2606.

Commentant un arrêt de la Cour de Poitiers du 18 juillet 1894 qui avait reculé la date de la cessation des paiements dans l'unique but de frapper les combinaisons par lesquelles certains créanciers, profitant de la gêne de leur débiteur, avaient cherché à s'assurer un règlement privilégié, M. Thaller applaudit à la tendance qu'ont les tribunaux d'interpréter différemment les mots *cessation de paiements* suivant qu'ils ont à déclarer la faillite ou à délimiter la période suspecte. L'idée qui hante notre éminent jurisconsulte est que le tribunal de commerce doit pouvoir remonter assez loin dans le passé pour faire tomber tous les actes préjudiciables à la masse. C'est, à notre humble avis, une profonde erreur. Le tribunal n'a pas à se préoccuper des intérêts contraires qui peuvent être en jeu, ni à connaître des conséquences que peut avoir sa décision sur tels ou tels actes du failli. Il doit apprécier *in abstracto* si la cessation des paiements existe ou n'existe pas. (Voyez l'arrêt de Poitiers du 18 juillet 1894 et la note de M. Thaller dans ses Annales de droit commercial, année 1894, II, p. 127, et la note. Conf. aussi Traité élémentaire de droit commercial par Thaller, 3^e fascicule, n° 1519, p. 843. Dans ce dernier ouvrage, M. Thaller s'abstient de prendre parti sur la question. Il se borne à déclarer qu'il y a du bien et du mal à dire de cette direction de jurisprudence.

obligations. Tant qu'il paie, ni lui ni ses créanciers n'ont besoin de protection spéciale : le droit commun leur suffit. Mais le jour où le commerçant ne satisfait plus à ses engagements, le jour où, suivant le langage du législateur, il *cesse de payer*, son existence disparaît ; il est mort, commercialement parlant. Ce n'est pas cependant qu'il suffise d'une cessation quelconque de paiements, pour amener l'extinction de la vie commerciale. Le commerce vit de confiance et tant que le crédit n'est pas ébranlé, on ne peut pas dire que la situation du débiteur soit désespérée. Or, quand est-ce que la cessation des paiements entraînera la perte du crédit ? La solution de cette question est contenue dans la règle suivante : *il faut, mais il suffit que la cessation des paiements soit réelle*. Et de ce principe que la réalité de la cessation des paiements est la seule condition nécessaire et suffisante découlent quatre conséquences : 1° Il n'est pas indispensable que la cessation des paiements soit totale ; 2° la cessation des paiements ne s'entend pas d'une gêne momentanée ; 3° elle n'a pas besoin d'être notoire ; 4° elle est distincte de l'insolvabilité.

Reprenons une à une ces quatre propositions :

A) *Il n'est pas nécessaire que la cessation des paiements soit totale.*

Ni le texte, ni l'esprit de la loi ne commandent de prendre en considération le nombre de dettes impayées. La rédaction originaire du Code de 1807 parlait de la cessation de *tous* paiements ; mais, sur les observations du Tribunal, le mot « *tous* » fut retranché du texte et le législateur de 1838 s'est bien gardé de le rétablir. Il serait d'ailleurs aussi déraisonnable que dangereux de faire dépendre la déclaration de faillite et la fixation de la date de cessation des paiements de la quantité des dettes impayées. S'il en était ainsi, en effet, il serait loisible à un commerçant ruiné de se perpétuer dans l'administration de ses biens, à la faveur de quelques rares paiements faits au préjudice de la masse à certains créanciers plus exigeants ou plus sympathiques (1). Au surplus, la détresse d'un commerçant ne se mesure pas au nombre et à l'importance de ses dettes, mais au trouble et à la défiance que jette dans ses relations l'inexécution de ses engagements.

Si la cessation de la totalité des paiements n'est pas exigée, nous estimons, par identité de motifs, qu'il n'est pas davantage nécessaire que la généralité des paiements soit arrêtée, comme

(1) Pardessus : Cours de droit commercial, n° 1101. Boulay-Paty : Des faillites et banqueroutes, t. 1, n° 26. Massé : le Droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens, t. 2, n° 1149. Bravard-Veyrières et Demangeat : Traité de droit commercial, t. V, p. 17. Lyon-Caen et Renault : Précis de droit commercial, t. II, n° 2369. Dalloz : Supplément, v^{ie} faillites et banqueroutes, n°s 234 et 337.

L'ont prétendu d'éminents auteurs et certains tribunaux (1). Evidemment une cessation générale des paiements impliquera presque toujours arrêt de la vie commerciale; mais cela n'est pas à dire que quelques refus de paiements n'aient jamais cette signification. Il peut arriver qu'un seul défaut de paiement présente un caractère de gravité assez marqué pour aliéner à un négociant la confiance de ses correspondants. Tout en cette matière dépend des circonstances; il appartient au juge d'apprécier *ex æquo et bono* s'il y a eu simplement retard ou négligence du débiteur ou si, au contraire, le défaut partiel de paiement atteste, de sa part, l'impossibilité de faire honneur à ses affaires.

Ceci nous conduit à examiner si la date de cessation des paiements peut être reportée à une époque où le failli, débiteur d'un créancier unique, avait refusé de le payer. La question s'est surtout posée au point de vue de la déclaration de faillite; mais il peut fort bien arriver qu'elle se présente dans la recherche de la date de cessation des paiements du failli. Or, la solution doit être la même dans les deux cas, puisque, avons-nous déjà dit, la cessation des paie-

(1) Renouard, op. cit. t. 4, p. 234 sur l'art. 437, n° 4. Boistel : Précis de droit commercial, n° 895. Rousseau et Defert : Code annoté des faillites et banqueroutes, n° 35 et 36. Labori : v° faillite, n° 23. Thaller : Traité élémentaire de droit commercial, n° 1489 et la note, p. 826. Tribunal de commerce de la Seine, 16 octobre 85, Journal des faillites, 86, p. 35.

ments ne peut être reportée à une époque où la faillite n'eût pas été déclarée si elle avait été demandée.

A priori, il semblerait que la négative dût s'imposer : le but de la faillite, son organisation, les solutions qu'elle comporte, tout donne à penser que, pour être mis en faillite, le commerçant doit se trouver en présence d'une collectivité d'intérêts, d'une « *masse* » créancière. La faillite a pour effet la mainmise générale des créanciers sur tous les biens de leur débiteur ; mais pour le créancier unique la saisie, qui désinvestit le débiteur de ses droits mobiliers et immobiliers, a la même efficacité. En outre, une foule de formalités ne se conçoivent pas dans l'hypothèse d'une créance unique : les assemblées de créanciers, la nomination d'un syndic, la vérification des créances, le vote sur le concordat, etc... sont autant de mesures énigmatiques dans une faillite qui ne compte qu'un seul créancier.

Malgré ces considérations, qui assurément ne manquent pas de valeur, il est aujourd'hui universellement admis que la faillite peut être déclarée contre le débiteur d'un créancier unique. Que le législateur se soit préoccupé exclusivement du cas où il y aurait pluralité de créanciers, cela se conçoit : c'était le cas qui devait se présenter le plus souvent et dès lors il lui importait de statuer *de eo quod plerumque fit*.

C'est à l'interprète à concilier les règles établies avec les situations exceptionnelles qui en nécessitent l'application. Et nous dirons avec la Cour de cassation que « si plusieurs dispositions que » la loi prescrit pour l'ouverture, la marche et la » clôture de la faillite demeurent sans effet, les » procédures devenues ainsi plus expéditives et » plus simples, ne sont pas inconciliables avec » la nature commerciale de l'affaire, les qualités » commerciales des parties, les obligations du » débiteur, les droits du créancier (1). » On ne peut donc inférer des termes du Code que la pluralité de dettes soit la condition *sine qua non* de la faillite. D'ailleurs, si le commerçant qui n'a qu'un seul créancier ne le paie pas, *a fortiori* n'aurait-il pas payé s'il en avait eu plusieurs. Au surplus, la qualité de commerçant exclut l'état de déconfiture, de sorte que celui qui a contracté avec un commerçant a pu voir dans les voies extraordinaires autorisées contre son débiteur une garantie dont on n'a pas le droit de le priver. A ces considérations, nous ajoutons que la faillite peut offrir à l'unique créancier du commerçant des avantages très précieux ; c'est ainsi, pour ne citer qu'un exemple, qu'il jouira du droit de faire tomber, par application des articles 446-449, les actes du

(1) Req. 7 juillet 1841 et Ch. civ. 6 déc. 1841 : *Gazette des tribunaux* des 18 juillet et 19 déc. 1841.

failli qui lui sont préjudiciables, soit de plein droit, soit par la preuve facile de la connaissance de l'état de cessation des paiements, tandis qu'en droit commun il ne pourrait atteindre la fraude que par le moyen très insuffisant de l'action paulienne ou révocatoire. Enfin, dire comme Renouard, que « ce n'est pas être en faillite » que de manquer à quelques engagements seulement », ce serait accorder une prime au débiteur malhonnête qui aurait eu l'habileté de se substituer un seul créancier (1).

La Cour suprême fut appelée, en 1841, à prendre position sur cette question; elle fut saisie de deux jugements, dont l'un, rendu par la Cour de Paris le 30 mai 1838 (2), avait refusé de déclarer la faillite du débiteur d'un créancier unique, et dont l'autre, rendu par la Cour d'Orléans le 29 mai 1840, s'était prononcé en sens contraire (3). Adoptant les motifs que nous venons de développer, la Cour de cassation décida par deux arrêts des 7 juillet et 6 décembre 1841 que le débiteur d'un seul créancier pouvait être mis en faillite. Depuis lors, sa jurisprudence est

(1) Sic Boulay-Paty, t. I, n° 36. Delamarre et Le Poitvin : *Traité théorique et pratique de droit commercial*, t. VI, n° 10. Bravard et Demangeat, t. V, p. 25. Massé, t. II, n° 1150. Alauzet : *Commentaire du Code de commerce*, t. VI, n° 2410. Bedarride : *Traité des faillites et banqueroutes*, t. I, n° 58, p. 53. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n° 2596. Dalloz : *Répertoire v^o faillites et banqueroutes*, n° 75, et supplém. his verbis, n° 254. Labori, v^o faillite, n° 29, p. 294.

(2) Paris, 30 mai 1838 (Sirey, 39, 2, 439).

(3) Orléans, 29 mai 1840 (S., 40, 2, 363).

demeurée invariable (1). La Cour d'Angers nous paraît avoir très bien résumé tous les arguments qui portent à admettre la faillite dans l'hypothèse d'un créancier unique : « Il serait trop » facile, dit-elle, à un commerçant habile et » audacieux, d'écarter par de légers sacrifices » de petits créanciers et d'échapper ainsi à toute » poursuite ; ce n'est pas le nombre des créan- » ciers qui donne de l'importance à la procé- » dure des faillites : qu'il y en ait un seul ou » vingt, elle est légitimée par les mêmes motifs » et s'appuie sur les mêmes considérations d'or- » dre public, l'exactitude à remplir les engage- » ments, la loyauté et la bonne foi qui sont de » l'essence de la vie commerciale, et la sécu- » rité qui doit la protéger (2). »

B) *Il faut que le refus de paiement soit définitif.*

La cessation des paiements coïncide-t-elle avec une situation momentanément embarrassée ? Absolument pas. La maladie n'est qu'un accident

(1) Req. 7 juill. 1841 et Ch. civ., 6 déc. 1841 : *Gazette des trib. des* 18 juill. et 19 déc. 1841.

(2) Angers, 14 déc. 1875, D. P. 76, 2, 196. En ce sens : Paris, 24 juin 1864 (S., 61, 2, 456) et 31 mars 1865 (S., 66, 2, 128). Aix, 1^{er} mars 1877, D. P., 78, 2, 38 et *Pandectes chronol.* t. 5, 2, 266 et la note. Trib. civ. d'Annecy, 22 juin 1889 : *Ann. de dr. comm.* de Thaller 1889, p. 236. Cass. 19 juin 1876 (S., 76, 1, 353). 30 avril 1877 (D. P. 78, 1, 183 et S., 77, 1, 244.) 23 juin 1893 (D. P. 95, 1, 519).

Contra : Agen, 16 mars 1875 (S., 75, 2, 240). Encore semble-t-il pour ce dernier arrêt que ce soit plutôt la modicité de la dette (500 fr.) et les offres sérieuses de libération du débiteur qui aient déterminé la Cour à ne voir dans la cause « qu'un fait isolé et non une impossibilité complète et absolue de payer ».

de la vie physique, ce n'en est pas le terme ; ainsi en est-il d'une gêne temporaire, qui, dans la vie commerciale, peut provisoirement en rendre le fonctionnement pénible sans que, pour cela, le cours en soit arrêté. Des causes multiples et diverses peuvent augmenter les risques du commerçant et le jeter dans l'embarras : les crises sont fréquentes dans le monde des affaires, les transactions sont sujettes à des fluctuations très brusques, l'aléa caractérise tous les actes de commerce. Aussi, arrive-t-il parfois que des commerçants se voient dans la nécessité d'ajourner leurs paiements, quitte à les effectuer quelque temps après. Direz-vous que la cessation des paiements doit remonter à l'époque où ces retards se sont produits, si le débiteur a fini par payer ? Non assurément. Il arrive aussi qu'un négociant combine mal ses rentrées avec ses échéances et que, ne pouvant actuellement faire honneur à sa signature, il se laisse protester et paie ultérieurement. Prétendez-vous que la date du protêt marque le point initial de la cessation des paiements ? Ce serait déraisonnable. Qu'importe que des paiements aient été retardés, que des protêts aient été dressés, si les relations se sont poursuivies, si la confiance s'est maintenue et si le commerçant, toujours resté à la tête de ses affaires, est parvenu à éteindre l'arriéré et à reprendre le cours régulier et normal de ses opérations.

Tout autre serait notre solution, si le créancier non payé à l'échéance avait immédiatement requis la mise en faillite de son débiteur. Il ne nous paraît pas douteux qu'en ce cas la faillite eût dû être déclarée, parce que la loi n'admet pas de distinction entre la *cessation* et la *suspension* des paiements et qu'un débiteur qui ne paie pas, fût-il solvable, eût-il l'intention de reprendre plus tard ses paiements, est un failli. D'aucuns pourraient croire que nous nous mettons en contradiction avec nous-même, puisque nous avons dit, en ouvrant ce chapitre, que la cessation des paiements ne doit être fixée qu'à l'époque où la faillite aurait été déclarée si on l'avait demandée. Qu'ils se détrompent; la contradiction n'est qu'apparente. La suspension des paiements peut entraîner la faillite parce qu'elle est susceptible d'ébranler le crédit. Or, lorsque le commerçant qui suspend ses paiements n'est pas inquiété par ses créanciers, lorsque ceux-ci ne réclament pas sa faillite, c'est qu'ils lui gardent leur confiance, et dès lors, si après les avoir désintéressés, il vient à tomber en faillite, on ne pourra logiquement reporter la date de cessation de ses paiements à une époque où son crédit était encore entier. L'état de cessation des paiements est donc un état permanent, définitif, en sorte que pour que la date fixée comme point de départ soit exacte, il est nécessaire qu'il n'y

ait eu dans cet état aucune solution de continuité jusqu'au jour de la déclaration de faillite.

Cela ne signifie pas évidemment que la même dette doive être restée impayée depuis la date de cessation des paiements jusqu'à celle du jugement déclaratif. Il serait par trop facile au négociant obéré de créer une nouvelle dette pour régler l'ancienne. La cessation des paiements est un état complexe, composé d'une série de faits dénotant chez le commerçant l'impossibilité d'exécuter ses obligations et cet état prend date avec le premier fait auquel se rattachent tous les autres « comme les anneaux d'une chaîne se rattachent au premier (1). » Peu importe donc que la première dette ait été payée, si d'autres l'ont remplacée. La vérité est qu'il faut considérer la position du débiteur dans son ensemble : si depuis le premier refus de paiement jusqu'à la mise en faillite la cessation des paiements a été réelle et ininterrompue elle datera de ce premier fait (2).

C) Il n'est pas nécessaire que la cessation des paiements soit notoire.

(1) Bravard et Demangeat (loc. cit.), t. 5, p. 193.

(2) Bravard ibidem. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n° 2571. Alauzet, t. VI, n° 2406. Ruben de Couder, v° faillite n°s 37-39. Dalloz, Répertoire, v° faillites et banqueroutes, n°s 65 et 154, Supplém. eisdem verbis. n°s 335 et 339.

Adde : Req. 14 déc. 75 (D. P. 78, 1, 125). 26 juin 76 (S., 76, 1, 354 et D. P. 78, 5, 271). Douai, 10 novembre 79 (Recueil de cette Cour, t. 40, p. 94). Req. 15 mars 81 (D. P. 82, 1, 15). Alger, 13 mai 1896 (D. P. 97, 2, 362). Angers, 10 mars 1896 D. P. 98, 2, 345 et la note (3-10).

Nous avons rapporté au chapitre précédent les discussions auxquelles avait donné lieu à la Chambre des députés, en 1838, le point de savoir s'il fallait ou non exiger une cessation *notoire* des paiements. Après de vifs débats, qui occupèrent plusieurs séances, la victoire resta, avons-nous dit, aux adversaires de la notoriété et le mot « *notoire* » qui figurait dans la rédaction primitive ne reparut plus dans le texte définitif. Il ne peut donc y avoir de doute sur les intentions du législateur : il n'a pas voulu que la cessation des paiements ne puisse être reportée qu'au jour où elle serait devenue publique. A-t-il bien fait d'en décider ainsi ? C'est notre avis. La notoriété est un fait élastique et contingent dont l'appréciation varie suivant les circonstances, les personnes et les lieux ; on ne pouvait donc en faire le point de départ de la cessation des paiements. Rarement d'ailleurs, pour ne pas dire jamais, il arrivera que les créanciers aient tous connu la détresse de leur débiteur avant sa mise en faillite. Inexact dans son principe, ce système serait également désastreux dans ses conséquences : ou à aucune époque la cessation des paiements n'aura été notoire, et alors les créanciers se trouveront dans l'impossibilité de faire annuler les opérations les plus suspectes ; ou le tribunal déclarera que la cessation des paiements était de notoriété publique à une époque anté-

rière à la déclaration de faillite, et alors les actes accomplis depuis cette époque devront logiquement être présumés frauduleux, ce qui, dans beaucoup de cas, conduira à consacrer de véritables injustices.

De cette notion que la notoriété n'est pas un élément de la cessation des paiements se dégage cette conséquence qu'en l'absence de signes extérieurs révélant chez le débiteur l'impossibilité de satisfaire ses créanciers, le report de la faillite ne saurait être prononcé. Il faut de toute nécessité que des faits patents viennent prouver qu'à une époque précise le commerçant avait cessé ses paiements : le tribunal ne pourrait même pas y suppléer par une enquête ou une expertise (1).

D) La cessation des paiements ne suppose pas nécessairement l'insolvabilité.

Notre proposition énonce l'une des différences fondamentales qui séparent la faillite de la déconfiture. La déconfiture, c'est l'état d'un particulier qui a plus de dettes que de biens ;

(1) Sic Douai, 4 janv. 1827. Dalloz : Répert. alphab. v^{ls} faillites et banqueroutes, n^o 138. Angers, 10 mars 1896. D. P. 98, 2, 345 et la note (6 à 10). Contra : Poitiers, 30 déc. 1828, cité par Dalloz : Répert. alphab. v^o Enquête, n^o 471. Cette dernière observation n'est intéressante et exacte qu'en cas de faillite non déclarée, car lorsque la faillite est déclarée le tribunal a en mains tous les éléments d'information nécessaires pour connaître la date de la cessation des paiements. Ne les eût-il pas d'ailleurs que l'art. 14 du Code de commerce lui permettrait d'ordonner la communication des livres du commerçant.

la faillite, c'est l'état d'un commerçant, solvable ou insolvable, qui a interrompu ses paiements. Ainsi, tandis que la déconfiture s'apprécie d'après la fortune réelle de l'individu, en matière de faillite, on recherche uniquement si, en fait, le commerçant remplit ou ne remplit pas ses engagements, quelle que soit sa situation de fortune. Cette distinction s'explique aisément. Les contrats civils sont relativement peu nombreux et n'exigent généralement pas célérité. Le point capital pour un créancier civil est d'avoir affaire à un débiteur solvable, qui présente suffisamment de garanties pour répondre de l'exécution de ses obligations. La question se présente sous un tout autre aspect quand il s'agit d'actes de la vie commerciale. Entre commerçants, l'important n'est pas seulement que le débiteur paie ; mais surtout qu'il paie aux époques convenues. Le commerce met en rapport une foule d'individus qui, sans presque se connaître, se trouvent amenés, par suite du genre d'opérations auxquelles ils se livrent, à traiter ensemble. La rapidité et la fréquence des transactions commerciales ne permettent pas aux commerçants de s'enquérir de la solvabilité de leurs correspondants ; le crédit est le grand moteur qui les fait agir. Mais le crédit naît précisément de la ponctualité que met le débiteur à remplir ses engagements commerciaux. Peu importe donc

que le commerçant devienne insolvable ; s'il continue à entretenir des négociations faciles et régulières, s'il ne cesse d'assurer le service normal de ses échéances, il conserve tout son crédit et ce crédit compense son insolvabilité. Ajoutons que « le commerce impliquant une série régulière et en quelque sorte perpétuelle de paiements (1) », l'interruption des paiements apporte le désarroi dans les relations d'affaires et lèse des intérêts considérables. Il suffit quelquefois qu'un commerçant vienne à fermer ses guichets pour que, du même coup, nombre de ses correspondants se trouvent arrêtés dans leurs paiements. « En » matière de commerce, disait M. Pascaud dans » le mémoire qu'il présentait au Congrès des » sociétés savantes de Paris le 6 août 1893, en » matière de commerce, le crédit est surtout » personnel ; non pas qu'on ne puisse constituer » des gages et fournir des sûretés réelles pour » la garantie des engagements contractés, comme » lorsqu'il s'agit d'obligations civiles, mais parce » que la rapidité et la multiplicité des opérations » qui s'effectuent, les mœurs et les habitudes du » négoce ne le comportent guère. Si le négo- » ciant en gros qui a vendu un produit quel- » conque au marchand en détail n'avait pas la » certitude d'être payé à la date stipulée, si le » banquier n'était pas assuré d'une rentrée de

(1) Garraud. De la déconfiture, p. 70.

» fonds à l'époque déterminée dans les effets
» qu'il escompte, eux-mêmes ne pourraient faire
» face à leurs engagements et sur les uns et
» les autres à tour de rôle se répercuteraient
» le discrédit et la ruine (1). » On le voit donc,
la nécessité du paiement à l'échéance trouve sa
justification dans la multiplicité et la célérité
des transactions commerciales, deux caractères
qui ne se rencontrent pas dans les opérations
de la vie civile. Quoi d'étonnant, dès lors, que
la faillite tienne à la discontinuité des paiements,
tandis que la déconfiture consiste dans l'insol-
vabilité du débiteur. M. Garraud a très nettement
exposé cette différence dans une page que nous
voulons citer en entier : « Si la loi commerciale
» fait dépendre la faillite de la cessation des
» paiements et non de l'insolvabilité, dit-il, c'est
» qu'entre commerçants, il importe non que le
» débiteur soit solvable, mais qu'il paie. Ne
» pas toucher à jour fixe une somme sur
» laquelle on était en droit de compter, cause
» souvent dans le commerce un préjudice aussi
» grand que de ne jamais être payé. Du reste,
» si le commerçant insolvable prolonge sa vie
» commerciale, ce fait prouve qu'il a du crédit ;
» or, le crédit n'est-il pas un élément, quel-
» quefois le plus important, de la fortune de
» l'industriel ou du commerçant ? »

(1) Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence,
année 1893, p. 482.

» Il en résulte que, quel que soit l'actif du
» commerçant, fut-il cent fois supérieur à son
» passif, du moment où il cesse ses paiements,
» il peut être déclaré en faillite. Au contraire,
» fût-il insolvable, son passif fût-il cent fois
» supérieur à son actif, s'il continue à solder
» ses créanciers, à faire honneur à ses affaires,
» il ne peut être mis en état de faillite. Or,
» ces situations sont possibles : que le commer-
» çant ait mal combiné ses rentrées avec ses
» échéances, qu'il ait consenti à ses débiteurs
» des termes trop longs, qu'il ait en porte-
» feuille des valeurs difficiles à réaliser, il ces-
» sera ses paiements et il y aura faillite sans
» insolvabilité... Ainsi la faillite peut exister
» sans l'insolvabilité, comme l'insolvabilité sans
» la faillite (1).

Que la faillite dépende de la cessation des paiements et non de l'insolvabilité du débiteur, c'est une vérité qui n'est plus en discussion aujourd'hui ; tous les auteurs la proclament et la plupart des arrêts la consacrent. La loi de 1838 n'a d'ailleurs fait aucune distinction entre le commerçant solvable qui vient à suspendre ses paiements et l'insolvable qui cesse de payer. Ce n'est pas cependant que la question ait été omise au cours des travaux préparatoires. Re-

(1) Garraud op.cit. p.70. Comp. aussi Thaller : *Traité élémentaire de droit commercial*, nos 1455-1457, p. 810 et 811.

nouard nous apprend en effet que la proposition de créer pour la suspension des paiements un état légal distinct de la cessation des paiements fut soumise à la Commission préparatoire de la chancellerie qui la rejeta catégoriquement. Lui-même la combattit dans le rapport qu'il fut chargé de présenter à la Chambre des députés au nom de la Commission. Ce rapport disait entre autres choses : « Un négociant qui ne paie plus » à l'échéance cesse en réalité ses paiements, » alors même qu'il conserve l'espérance de les » reprendre plus tard. Ses créanciers attendaient » de lui des rentrées à jour fixe : le défaut de » paiement à l'échéance les expose au péril d'ar- » rêter leurs paiements à leur tour. Le com- » merce vit d'exactitude et de ponctualité ; le » moindre retard le trouble et porte coup. De » la part d'un commerçant, suspendre ses paie- » ments, c'est faillir. Toutes les précautions » prises contre les faillites deviennent donc » nécessaires dès que survient une cessation des » paiements (1). »

Presque tous les auteurs qui ont écrit sur la question sous l'empire du Code de 1807 ont également soutenu que la faillite était constituée par la cessation des paiements et non par l'insolvabilité du commerçant. Aux raisons juridiques que nous avons exposées, Pardessus ajoute

(1) Renouard, t. I, p. 231.

même un motif d'équité qui, pour avoir perdu de sa force, depuis que le dessaisissement ne remonte plus à la date de cessation des paiements, n'en garde pas moins une certaine valeur à cause de la nullité qui affecte les actes postérieurs à cette date. « A l'égard des tiers, dit-il, tant que » le failli a conservé son crédit, la confiance de » ses correspondants, l'administration libre de » ses affaires, ils ne pouvaient être coupables » d'avoir ignoré ce que les tribunaux eux-mêmes » n'apprennent que depuis la déclaration de fail- » lite et par l'examen des registres ou d'autres » renseignements qui n'avaient rien de public ».

Pourtant cette doctrine n'a pas échappé sous le Code de 1807 à l'épreuve de la contradiction. Locré (1), dans une longue dissertation, s'en est fait l'adversaire résolu, déclarant « que le débiteur solvable, qui n'est que forcé de suspendre ses paiements, ne devait pas être réputé failli ». Il prétendait en trouver la preuve « dans l'intention et dans l'esprit de la loi et dans les principes de l'équité naturelle ». Nous ne nous attarderons pas à réfuter cette opinion qui est restée isolée et qui n'a plus aujourd'hui qu'un intérêt rétrospectif, puisque les rédacteurs de la loi de 1838 l'ont formellement repoussée.

De ce que la cessation des paiements ne suppose pas nécessairement l'insolvabilité, découlent une double conséquence :

(1) Locré. Esprit du Code de commerce, t. V, p. 21 et suiv. sur l'art. 437.

1° L'insolvabilité certaine du créancier ne suffit pas à le faire considérer en faillite, si, en fait, il parvient à satisfaire exactement ses créanciers ;

2° A l'inverse, le commerçant qui cesse ses paiements ne pourrait échapper à la déclaration de faillite, sous prétexte qu'en réalité son actif est supérieur à son passif.

Il a été jugé conformément à la première conséquence : 1° que la cessation des paiements ne saurait être reportée à une époque où le commerçant, bien que se trouvant depuis longtemps en état de gêne, satisfaisait tous ses engagements, et où tout en soutenant son crédit à l'aide d'emprunts successifs et de renouvellements de billets il parvenait néanmoins par le remboursement des sommes prêtées et le paiement de billets à suivre le cours de ses affaires (1) ; 2° qu'on ne saurait voir la cessation des paiements d'un commerçant dans un état d'insolvabilité démontré par des rapports et inventaires contenant une estimation plus ou moins exacte d'un actif où figurent des immeubles dont le prix sera plus ou moins élevé suivant les conditions dans lesquelles ils seront vendus (2) ; 3° que la supériorité du passif sur l'actif, établie par les livres de commerce, n'implique pas

(1) Paris, 13 février 1877 (D. P. 78, 5, 272).

(2) Pau, 23 nov. 1893 (D. P. 94, 2, 66).

qu'une société soit en état de cessation de paiements : l'existence commerciale pouvant reposer uniquement sur les ressources assurées par le crédit et par la confiance (1) ; 4° que l'époque de l'ouverture de la faillite d'un négociant doit être fixée seulement à la date du jugement déclaratif, bien qu'avant ce jugement l'insolvabilité du failli ait été certaine, si on ne relève contre lui ni jugement, ni protêt, et si, d'ailleurs, les moyens de se procurer des ressources n'ont rien de dolosif (2).

Par application du second principe, il a été décidé : 1° que le commerçant qui a cessé ses paiements doit, par cela seul, être déclaré en faillite, bien qu'il offre de prouver que son actif est supérieur à son passif (3) ; 2° que le seul fait par un commerçant de ne point faire face à ses dettes commerciales, lors de leur échéance, le constitue en état de cessation de paiements, sans qu'il y ait lieu de considérer si ce commerçant était, à ce moment, solvable, et pouvait payer (4).

Nous en avons fini avec notre première question : Qu'est-ce que cesser ses paiements ?

(1) Douai, 15 janvier 1872. Recueil de cette Cour, t. 30, p. 175.

(2) Douai, 13 février 1882, Recueil de la Cour, t. 40, p. 90.

(3) Aix, 15 janv. 1867 (D. P. 67, 5, 207) ; 13 janv. 1872 (D. P. 73, 5, 261).

(4) Alger, 13 mai 1896 (D. P. 97, 2, 262. Comp. aussi Montpellier 14 janv. et 19 nov. 1859 (D. P. 60, 2, 76). Amiens, 30 mai 1884. *Journal des faillites*, 1884, p. 576.

Dans l'impossibilité où l'on est de définir un fait aussi complexe et aussi contingent, nous avons dû nous borner à indiquer les caractères essentiels de la cessation des paiements et à éliminer ceux qui leur sont étrangers. Toute notre étude sur ce point peut se résumer ainsi : la cessation des paiements ne prend date que du jour où elle est devenue réelle et assez complète pour ébranler le crédit commercial du failli : d'où il résulte d'une part, qu'il n'est pas nécessaire que la cessation des paiements soit totale, ni qu'elle soit notoire, ni enfin qu'elle coïncide avec l'insolvabilité du commerçant et d'autre part, qu'il ne suffit pas d'une gêne momentanée ni d'une insolvabilité démontrée.

Il nous reste maintenant à analyser le mot *paiements* qui forme le second terme de l'expression *cessation des paiements*.

SECTION II. — Quels sont les paiements dont le refus entraîne la déclaration ou le report de la faillite ?

Le silence du législateur sur ce point nous oblige à résoudre les trois questions suivantes :

1° Le mot *paiement* a-t-il, dans notre hypothèse, le sens restreint de prestation en espèces ou s'entend-il également de l'exécution d'obligations de faire ou de livrer ?

2° Suffit-il du non paiement d'une dette litigieuse ?

3° N'y a-t-il pas lieu de distinguer entre les dettes civiles et les dettes commerciales et de ne subordonner qu'au refus de paiement de ces dernières la déclaration de faillite et la fixation de la date de cessation des paiements ?

C'est à fournir la solution de ces trois questions que nous allons nous appliquer.

PREMIÈRE QUESTION. — *La cessation des paiements s'entend-elle, d'une façon générale, de l'inexécution des obligations ou s'applique-t elle exclusivement aux dettes de somme d'argent ?*

Pour bien comprendre la portée de cette question, il faut se rappeler que : dans la langue du droit, le paiement est l'accomplissement de la prestation promise. Ainsi, le vendeur paie en livrant la chose vendue, tout aussi bien que l'acheteur en lui versant le prix convenu ; le voiturier paie en transportant les marchandises à destination, de même que l'expéditeur en acquittant le coût du transport. Payer, en terme de droit, c'est faire ce à quoi on s'est obligé. Telle n'est pas la signification attachée au mot paiement dans le langage usuel. Le paiement s'entend vulgairement de la numération d'une somme d'argent, ou de la remise d'effets de commerce. De là la difficulté de savoir si le mot *paiement*, dans l'expression *cessation des paiements*, doit s'ap-

pliquer *lato sensu* à toute prestation, qu'il s'agisse d'une somme d'argent, d'un fait ou d'une livraison ou si au contraire ce mot doit recevoir l'interprétation restrictive de paiement en espèces ou en effets de commerce.

La question semble avoir très peu préoccupé les auteurs et il ne paraît pas, à en juger par le silence des arrêtistes, qu'elle se soit jamais posée devant les tribunaux. Seuls MM. Delamarre et Le Poitvin ont fait connaître leur opinion. Ces derniers se placent dans l'hypothèse suivante : Jacques a vendu 100 tonneaux de tel vin livrables fin décembre ; au 15 janvier les vins sont en hausse et la livraison n'est pas faite. Sur mise en demeure, Jacques, *loin de contester le marché*, demande à son acheteur de lui accorder un nouveau délai pour la livraison. Le bruit ayant couru que Jacques venait de faire des opérations malheureuses dans les trois-six, l'acheteur refuse tout délai et présente requête en déclaration de faillite. Quid juris ? « La créance » n'étant pas contestée, répondent Delamarre et » Le Poitvin, la question est de savoir si c'est » *faillir* que de manquer à un engagement de » *livrer*. Or, nul doute à cet égard. Livrer ce » qu'on est tenu de livrer, c'est payer, solver » *vinculum obligationis*. La loi ne distingue pas » entre la cessation de tels paiements et la ces- » sation de tels autres. Je ne suis pas moins

» créancier de Jacques que si je lui eusse prêté
» 70.000 francs. *Creditorum adpellatione non hi*
» *tantum accipiuntur qui pecuniam crediderunt, sed*
» *omnes quibus ex qualibet causa debetur (L. 44 De*
» *verb. signif.).* Il n'y a donc point à distinguer,
» et, si la Cour admettait une distinction, l'arrêt
» devrait être cassé pour violation de l'art. 437 (1) ».

Cette argumentation nous paraît sans réplique. Dans le style juridique, avons-nous dit, le paiement est l'accomplissement de la prestation promise. Par conséquent, puisque le législateur n'a pas attaché à ce mot une signification spéciale dans les articles 437 et 441, il faut lui donner le sens qu'il reçoit ordinairement en droit, celui d'exécution des obligations de donner, de faire ou de livrer. Il est d'autant plus certain que le législateur a voulu conserver au mot paiement sa terminologie habituelle dans ces deux articles, qu'un peu plus loin, dans l'article 446, il nous parle de paiements *faits autrement qu'en espèces ou en effets de commerce*. En vérité d'ailleurs nous ne voyons pas bien ce qui pourrait s'opposer à ce que la faillite fût déclarée pour inexécution d'une obligation de *faire* ou de *livrer*. L'état de faillite implique la perte du crédit commercial; or le crédit du commerçant ne s'acquiert et ne se conserve que par l'exécution fidèle de toutes ses obligations. Ce qui

(1) Delamarre et Le Poitvin. Traité de dr. comm., t. VI, p. 26 et 27.

fait la réputation d'une maison de commerce ce n'est pas tant l'importance de ses capitaux que la ponctualité qu'elle observe dans ses livraisons. Il est d'ailleurs très facile d'expliquer que l'inexécution des ordres ait pour effet d'ébranler le crédit : ou le manque à livrer ou à faire proviendra de la mauvaise administration de la maison et alors on peut prédire que cette maison ne tardera pas à crouler ; ou il tient à l'insuffisance de ressources du négociant qui ne peut acheter ou mettre en œuvre les marchandises commissionnées et, en ce cas, il est vrai de dire que sa ruine est consommée. Dans les deux cas le crédit du commerçant disparaît (1). Or, comme la faillite coïncide avec la perte du crédit, l'état de ce commerçant est bien celui d'un failli. De plus, la non-livraison de marchandises peut être aussi préjudiciable que le refus de paiement de dettes de sommes d'argent : toutes les opérations commerciales se traduisent par un profit pécuniaire et parce qu'une marchandise n'aura pas été livrée le vendeur se trouvera privé du bénéfice qu'il pouvait en retirer. A ces conditions s'en ajoute une dernière : la partie envers laquelle un engagement n'a pas été exécuté peut en obtenir

(1) Le défaut de livraison pourrait aussi avoir pour cause l'abondance des ordres remis au commerçant. Il est évident qu'en ce cas l'acheteur non livré ne saurait être fondé à requérir la faillite de son vendeur. Tout dépend des circonstances.

la résiliation avec dommages-intérêts. Si ces dommages-intérêts ne sont pas payés, celui au profit duquel ils ont été adjugés est fondé à requérir la mise en faillite de son correspondant ; la question a été jugée et ne peut du reste faire doute (1). Or, si le défaut de paiement de dommages-intérêts résultant de la violation des obligations peut servir de base à une déclaration de faillite, pourquoi le fait même de l'inexécution d'un contrat n'aurait-il pas le même effet ?

Notre conclusion sera donc que l'inobservation d'un engagement de faire ou de livrer est susceptible d'entraîner la faillite d'un commerçant ou de servir de point de départ à la cessation des paiements tout aussi bien que le refus de paiements de dettes en espèces ou en effets de commerce.

DEUXIÈME QUESTION. — *Le refus d'acquitter une dette litigieuse peut-il fixer la date de cessation des paiements d'un failli ?*

La négative n'a jamais fait doute. Cela se conçoit à merveille : lorsqu'un commerçant laisse impayée une dette sur l'existence ou le montant de laquelle il est en désaccord avec son prétendu créancier, ce n'est point, parce qu'il est dans l'impossibilité d'y faire face, mais

(1) Req. 19 juin 1876, S., 76, 1, 353,

parce qu'il croit de bonne foi ne rien devoir ou du moins ne pas devoir l'intégralité de la dette réclamée. Le bon sens et la raison démontrent assez clairement qu'il serait souverainement inique de considérer en état de cessation de paiements un négociant qui, pour des motifs sérieux, aurait refusé de régler celui qui se disait son créancier, alors que ses autres engagements ne seraient pas restés en souffrance (1). En décider autrement serait interdire aux commerçants toute contestation sous peine de se voir appliquer le régime de la faillite.

Quelles sont les causes légitimes qui autorisent le commerçant à refuser paiement, sans que son refus puisse servir de base à une déclaration de faillite ? Alauzet nous répond : « Par » cause légitime, il faut entendre non seulement » une exception jugée en définitive parfaitement » valable ; mais simplement une clause plausible » alléguée de bonne foi, comme en cas de dette » litigieuse et qui ne pourrait être considérée » comme un simple moyen de retarder une » catastrophe devenue inévitable (2) ». Il n'est

(1) Tous les auteurs se prononcent en ce sens. En jurisprudence : V. Req., 30 avril 1877. D. P. 78, 1, 83. Paris, 3 et 11 mars 1892 : D. P. 93, 2, 415, et Ann. de dr. comm. de Thaller, 1893 p. 23. Poitiers, 27 juillet 1885, D. Suppl. v^{is} faill. et banquer. en note, sous n° 252, et *Gazette du Palais*, 85, 1, 334. Douai, 19 mai 1886, Recueil de cette Cour, t. 46, p. 217. Req., 13 juillet 93. D. 93, 1, 480. Riom, 18 mars 1897. *Journ. des faillites*, 97, p. 223 et la note. Rouen, 15 avril 1897. Ibidem, 1898, p. 34.

(2) Alauzet, t. VI (1^{re} partie), n° 2408.

donc pas nécessaire que les raisons alléguées par le débiteur pour refuser paiement triomphent devant le tribunal saisi du litige ; il suffit que la contestation soit apparemment sérieuse et qu'elle ne déguise pas un simple prétexte pour ne pas payer. Il faut, selon l'expression de M. Thaller, que « cette contestation ne soit pas visiblement un échappatoire (1) ». La Cour de Poitiers a même jugé qu'il y avait dette litigieuse ne pouvant donner ouverture à la faillite dans une espèce où il s'agissait d'une dette constatée par des billets à ordre et par un jugement exécutoire par provision (2). Avant elle, la Chambre des requêtes avait, il est vrai, décidé que le non-paiement d'une dette reconnue exacte par jugement passé en force de chose jugée pouvait donner lieu à faillite (3) ; mais ces deux solutions, loin de se contredire, découlent des mêmes principes. L'arrêt qui, dans la première espèce, avait condamné le commerçant au paiement de sa dette était susceptible de recours. Or, dit la Cour de Poitiers, « il » importe peu que le tribunal de commerce » de la Seine ait ordonné l'exécution provisoire de ses jugements ; l'exécution provisoire n'est qu'une sorte de consignation imposée

(1) Traité élémentaire de droit commercial, n° 1485, p. 824.

(2) Arrêt du 27 juillet 1885, Dalloz. Supplém. vis faillites et banquer., en note sous le n° 252.

(3) Req. 30 avril 1877, D. P. 78, 1, 83.

» au prétendu débiteur et laisse entier l'examen
» pour le juge du second degré de tous les
» moyens du fond ». Dans le cas soumis à la
Cour suprême, au contraire, on ne pouvait
raisonnablement soutenir que la contestation
était toujours pendante, puisqu'un jugement
définitif et irrévocable l'avait vidée et que l'auto-
rité de la chose jugée s'opposait à ce qu'on la
remit en question.

TROISIÈME QUESTION. — *Le refus d'acquitter des dettes CIVILES
constitue-t-il la cessation des paiements au sens des articles
437 et 441 ?*

La difficulté n'existait pas sous l'empire du
Code de 1807 ; car le législateur lui-même avait
pris soin de la trancher en fixant l'ouverture
de la faillite « à la date de tous actes constatant le
refus d'acquitter ou de payer des engagements de com-
merce ». Cette disposition insérée dans l'art. 441
était favorablement appréciée des commentateurs
de la loi des faillites. « Le motif de cette limi-
» tation, écrivait Locré, est facile à saisir. On
» ne doit jamais perdre de vue que quiconque
» se livre au commerce réunit en sa personne
» deux qualités qui n'ont rien de commun :
» celle de commerçant et celle de particulier.
» Il est soumis au droit exceptionnel qui régit
» le commerce pour tout ce qu'il fait dans
» la première de ces qualités : il demeure
» sous le droit commun, toutes les fois qu'il

» agit dans l'autre, c'est-à-dire lorsqu'il traite
» ou qu'il s'engage comme propriétaire. Dès lors
» s'il devenait insolvable comme particulier sans
» le devenir comme négociant, il serait en décon-
» fiture et non en faillite (1) ».

Le nouvel article 441 n'a pas reproduit l'ancien texte. S'ensuit-il qu'on ne doive plus distinguer pour la déclaration et le report de la faillite entre la cessation des paiements de dettes civiles et la cessation des paiements de dettes commerciales ? On l'a parfois soutenu : ceux qui professent cette doctrine ont cru voir sa consécration non seulement dans le silence de la loi nouvelle, mais aussi dans les principes de la matière. « La rédaction de la loi nouvelle, » dit Renouard, ne laisse plus d'obstacle à la » solution affirmative, qui me paraît seule conforme aux principes généraux de la matière (2). »

Dans un arrêt souvent cité du 30 juillet 1842, la Cour de Nancy a fait application de ce système (3). Cet arrêt renferme tous les arguments qui peuvent être invoqués en faveur de l'assimilation des dettes civiles aux dettes commerciales, au point de vue de la déclaration de faillite et du report. Il nous suffira donc d'en donner la teneur pour nous dispenser de plus

(1) Loqué. Esprit du Code de commerce, n° 8, sous l'art. 441.

(2) Renouard, t. I, p. 274, n° 7, sur l'art. 440.

(3) Dalloz. Répert. alph., v^{is} faillites et banquer., en note sous l'art. 69.

amples développements : « Attendu, dit la Cour,
» qu'aux termes de l'art. 437, tout commerçant
» qui cesse ses paiements est en état de faillite ;
» que la loi ne fait aucune distinction entre la
» cessation de paiement de dettes purement
» civiles et la cessation de paiement des dettes
» commerciales ; qu'il n'est pas possible d'admet-
» tre qu'un commerçant qui cesserait de payer
» ses dettes et qui, par conséquent, serait en
» état de déconfiture patente, pourrait en même
» temps continuer ses opérations commerciales,
» et éviter l'état de faillite en contractant de
» nouvelles dettes civiles et en ne les payant
» pas, pour faire face d'un autre côté à ses
» dettes commerciales ; qu'une telle position
» anormale ne peut être sanctionnée par la loi,
» et qu'ainsi il faut reconnaître que quiconque
» exerce la profession de commerçant est tenu
» de faire honneur à tous ses engagements,
» quels qu'ils soient, sous peine d'être déclaré
» en état de faillite. »

Avec la presque unanimité des auteurs et des tribunaux nous prétendons que l'inexécution des obligations civiles contractées par un commerçant ne peut avoir pour effet d'entraîner sa faillite ou de déterminer la date de cessation de ses paiements. La loi de 1838, il est vrai, ne dispose plus en termes exprès, comme le Code de 1807, que la cessation des paiements doit s'en-

tendre du *refus d'acquitter ou de payer des engagements de commerce* : mais on a tort de conclure, dans la théorie adverse, que le législateur a voulu abolir cette disposition par cela seul qu'il ne l'a pas reproduite. L'ancien art. 441 avait pour objet d'énumérer les signes auxquels devait se reconnaître l'époque de la cessation des paiements, ou, comme on disait sous le Code de 1807, l'époque d'*ouverture* de la faillite. Quelle a été la pensée du législateur en supprimant cette énumération ? Il a uniquement voulu dégager le juge de toute entrave et s'en rapporter à ses lumières quant à l'appréciation des faits révélant la cessation des paiements. Que l'on consulte les travaux préparatoires et l'on ne trouvera nulle part que le changement de rédaction de l'article 441 ait été inspiré par le désir d'étendre au non paiement des dettes civiles l'application des règles de la faillite. D'ailleurs, si la nouvelle rédaction de la loi de 1838 ne reproduit pas sur le point particulier qui nous occupe, celle du Code de 1807, il est au moins certain qu'elle ne la contredit ni dans ses termes, ni dans son application. Or, disent très justement Delamarre et le Poitvin (1) « quand deux lois successives ont » réglementé une même matière, si la loi postérieure a quelque chose d'obscur ou d'ambigu, » on doit l'interpréter par la loi antérieure. »

(1) T. VI (1^{re} partie), p. 50.

Cette idée est d'autant plus exacte que, comme nous allons le voir dans un instant, la loi de 1807 et la loi de 1838 reposent absolument sur les mêmes principes. L'argument de texte invoqué par nos adversaires n'a donc aucune valeur.

Au reste, pour apprécier sainement la portée d'une loi, il ne suffit pas d'en connaître les termes, il faut aussi et surtout en pénétrer l'esprit. Or, nous pouvons dire, et c'est là notre argument décisif, que seule notre opinion est conforme aux intentions du législateur. Quel est en effet l'objet, la raison de la loi des faillites ? C'est, nul ne le conteste, la protection du crédit commercial. Le législateur a distingué entre l'insolvabilité civile et la ruine commerciale, visant la première dans le Code de procédure civile et organisant la seconde dans le Code de commerce. Ce sont les intérêts commerciaux qu'il a voulu sauvegarder en 1838 comme en 1807 et c'est pourquoi l'article 437 réserve aux commerçants seuls l'application du régime de la faillite. Or ne serait-il pas illogique que la faillite ne pût s'appliquer qu'aux commerçants et qu'on la fit résulter d'actes étrangers à cette qualité ? Les raisons que donnait Loqué pour justifier la règle adoptée par le Code de 1807 n'ont rien perdu de leur force. L'homme qui exerce un commerce a une double personnalité :

celle de commerçant et celle de particulier ; il relève du droit commercial quand il vaque aux affaires de son négoce ; il demeure soumis au droit commun quand il agit, en dehors de toute idée de spéculation, comme propriétaire ou comme consommateur. Cela est si vrai que les obligations civiles du commerçant doivent être contractées dans les formes admises par le droit civil, qu'elles ne peuvent être prouvées par témoins en matière excédant 150 francs et qu'elles doivent être soumises aux juges civils en cas de contestation.

La volonté du législateur apparaît encore dans la définition qu'il nous donne de la faillite : c'est, dit l'art. 437, l'état d'un commerçant qui a cessé ses paiements. Or, les mots cessation des paiements, qui ont pour corrélatifs les mots continuation des paiements, ne peuvent se rapporter qu'aux dettes commerciales. Les actes de la vie civile sont relativement peu nombreux ; ils ne se déroulent pas avec une rapidité et une régularité telles qu'ils puissent présenter dans leur exécution une suite ou une interruption. Tout au contraire la vie commerciale n'est qu'une succession de ventes et d'achats, de recettes et de paiements, d'échanges et de transactions ; les engagements commerciaux se suivent et s'enchaînent en sorte que seuls ils sont susceptibles de continuité et de disconti-

nuité. Ajoutons enfin que le commerçant n'est justiciable des tribunaux consulaires que pour les actes de son commerce et reste soumis à la juridiction de droit commun pour tous ses autres actes. Si donc la loi a investi les tribunaux de commerce seuls du droit de déclarer la faillite, c'est qu'elle a entendu ne la faire résulter que du défaut de paiement de dettes commerciales (1).

La principale critique adressée par la Cour de Nancy à la doctrine que nous suivons, c'est qu'elle conduirait à permettre à un commerçant d'éviter l'état de faillite en contractant des dettes civiles pour faire face à ses dettes commerciales. Cette objection, qui a tant ému la Cour de Nancy, ne nous touche guère. Le juge doit se déterminer d'après l'intention de la loi et non d'après ses conséquences. Or, la loi des faillites n'ayant d'autre intention que de protéger le crédit commercial, ne peut pas s'appliquer dans l'hypothèse où le commerçant ne doit rien à ce titre. Si notre solution peut con-

(1) Sic Delamarre et Le Poitvin, t. VI, p. 50. Alauzet, t. VI, n° 2404. Massé, t. 2, n° 1151. Ruben de Couder, t. IV, v° faillite, n°s 51 et 52. Boistel, n° 896. Lyon-Caen et Renault, n° 2370. Dalloz, Répert. v° faillites et banquer., n° 69. Supplém., n° 253. Thaller : traité élémentaire de dr. comm., n° 1490, p. 826.

Adde : Caen, 5 avril 1881. Dalloz, Suppl. note 2, sous n° 257. Douai, 25 octobre 1886. Rec. de cette Cour, t. 44, p. 357. 3 avril 1889, ibid. t. 47, p. 260. Crim. 23 juin 93, D. P. 95, I, 519. Amiens, 22 mai 1896, D. P. 97, 2, 191. Contra : Douai, 12 août 1879, Recueil de cette Cour, t. 37, p. 258.

duire à un résultat fâcheux, la faute en est au législateur qui, pour la déconfiture, n'a pas organisé un régime parallèle à la faillite ; mais, dans tous les cas, ce n'est pas le rôle du juge de suppléer aux lacunes de la loi. D'ailleurs les créanciers civils ne sont pas fondés à se plaindre de cette situation ; ils savent qu'en faisant avec un commerçant un contrat civil ils restent sous l'empire du droit commun ; ils savent que la faillite est une institution de pur droit commercial qui ne les protège pas ; à eux dès lors de prendre leurs précautions.

Nous admettons bien, comme Renouard, que « tous les biens d'un débiteur sont le gage de ses dettes civiles comme de ses dettes commerciales », mais si cette raison confère aux créanciers le droit d'entrer dans le passif de la faillite, une fois qu'elle a été déclarée, elle ne les autorise pas à en provoquer l'ouverture.

En fait d'ailleurs, il est assez difficile de concevoir qu'on puisse créer des dettes civiles pour acquitter des engagements commerciaux. Quel que soit en effet son caractère propre, l'obligation d'un commerçant devient commerciale dès qu'elle a été contractée dans l'intérêt de son commerce, dès qu'elle a une destination commerciale. Si donc la dette civile avait été créée pour permettre au commerçant de payer une dette de son commerce, elle deviendrait

commerciale par destination et pourrait à ce titre servir de base à la faillite ou au report de la cessation des paiements. L'objection de la Cour de Nancy porte donc à faux.

Nous venons de démontrer qu'on ne peut réputer en état de cessation de paiements que le commerçant qui laisse en souffrance ses engagements commerciaux. Il ne faudrait pas conclure de là que l'inexécution des obligations civiles ne réagira jamais sur la situation commerciale du débiteur. Le défaut de paiement de dettes civiles ne peut pas à lui seul entraîner une déclaration de faillite ou fixer le point de départ de la cessation des paiements ; mais il constitue un élément d'appréciation sérieux quand l'inexécution des obligations civiles concorde avec l'inexécution d'engagements commerciaux (1).

Que faut-il entendre par dette commerciale ? Il n'entre pas dans le cadre de cet ouvrage et encore moins dans notre pensée d'aborder l'étude de cette vaste et importante question. Néan-

(1) Sic trib. civ. d'Annecy, 22 juin 1889, Ann. de dr. comm. de Thaller, 89, p. 255, et Dalloz, Supplément, *vis* faillites et banquer., note 2, sous n° 255 et les nombreux arrêts de cassation cités par Labori, *vo* faillite, n° 27. Contra Renouard, t. 1, n° 7, sur l'art. 440, p. 274 et suiv. Après avoir nettement déclaré qu'il n'admet aucune distinction entre la cessation des paiements civils et la cessation des paiements commerciaux, Renouard argumente sur une hypothèse au sujet de laquelle tout le monde est d'accord pour autoriser la faillite : celle d'une créance exigible munie d'un titre exécutoire et dont l'exécution forcée a eu pour effet d'ébranler le crédit commercial du débiteur et de l'obliger à suspendre ses paiements commerciaux.

moins, il nous paraît bon de rappeler en quelques mots les principes essentiels de la matière.

On définit communément acte de commerce toute spéculation par entremise sur choses mobilières. Ce sont là les actes commerciaux proprement dits ; mais il faut encore y joindre les actes qui, pour n'être pas commerciaux par leur nature, le sont par leur but, par leur destination ; de sorte qu'on peut dire d'une façon générale que toute obligation contractée par un commerçant dans l'intérêt de son négoce est commerciale. Or, dans beaucoup de cas, il est difficile de savoir si les engagements d'un commerçant se rattachent à l'exercice de sa profession. Faut-il, dans le doute, présumer la commercialité ? L'art. 638, par. 2, le décide ainsi pour *les billets souscrits par un commerçant*. La question s'est posée de savoir s'il n'y avait pas lieu d'étendre la même présomption à tous les autres actes du commerçant, écrits ou non écrits. L'affirmative est aujourd'hui admise en doctrine et en jurisprudence, du moins pour ce qui concerne les engagements écrits, et l'on répute commerciaux non seulement les billets, même non négociables par endossement, mais encore tout engagement contracté par acte sous seing privé ou par acte authentique. « Par créance commerciale, » dit Massé, on doit entendre, non pas seulement celle qui est commerciale par la forme,

» mais aussi celle qui est commerciale soit par
» sa cause, soit par son objet, lors même qu'elle
» aurait une forme civile (1). » Il suit de là
que l'engagement contracté par un commerçant
ne perdrait pas son caractère commercial parce
qu'il aurait été passé en la forme authentique
avec constitution de gage ou d'hypothèque. C'est
ainsi que la Cour de cassation a, par arrêt du
29 avril 1889, réputé commerciales, en l'absence
de preuve contraire, des obligations hypothé-
caires souscrites par un commerçant et a en
conséquence décidé que le non paiement de ces
obligations à l'époque de leur exigibilité pouvait
constituer un état de cessation de paiements
susceptible d'entraîner la faillite (2). Cette solu-
tion est la seule qui réponde à la réalité des
faits. Quand un individu est commerçant, la plu-
part de ses actes se rapportent à son commerce;
il est donc raisonnable de leur supposer une

(1) Op. cit. t. 2, n° 1152.

(2) D. P. 90, 1, 49. Adde : Cass. 10 janv. 94. D. P. 95, 1, 17, et la note de M. Valéry in fine. 22 nov. 94 et la note de M. Sarrut, paragr. 2. D. P. 95, 1, 77. Conf. Dalloz, Rép., v° Acte de commerce, n° 70, Supplém. hoc verbo, n° 253.

La jurisprudence a été appelée à statuer sur l'application du régime de faillite dans deux cas intéressants : Il s'agissait dans le premier du refus de paiement d'une amende prononcée contre un commerçant au profit de l'Administration des Douanes, dans la seconde, du non paiement de la patente. Les tribunaux ont, dans les deux hypothèses, refusé de déclarer la faillite par ce motif que ni l'amende pour fraude aux droits de douane, ni la patente n'étaient des dettes commerciales, des obligations spéciales aux commerçants. (Nancy, 23 mai 1874, D. P. 75, 2, 147. Cass. 23 juin 93, D. P. 95, 1, 519. Alger, 26 oct. 1896. D. P. 97, 2, 420 et la note.

destination commerciale, toutes les fois que le contraire ne ressort pas des circonstances.

En ce qui concerne les engagements verbaux des commerçants, les tribunaux refusent de les présumer commerciaux. Sans entrer dans le détail de la controverse, nous nous prononçons, avec la majorité des auteurs, pour la présomption de commercialité des conventions verbales faites par un négociant. Il y a mêmes raisons de réputer commerciaux les engagements verbaux que ceux écrits. L'art. 638 al. 2, ne parle, il est vrai que de « billets » ; mais cet article n'est pas limitatif et dans tous les cas on peut lui opposer les termes généraux des art. 631-1^o et 632, alin. 7.

Nous avons ainsi répondu à la triple question que faisait naître le mot *paiement*. Avec cette section s'achève l'étude des éléments constitutifs de la cessation des paiements. Des explications que nous avons fournies, il ressort que l'état de faillite doit remonter au jour où le commerçant a perdu sans retour son crédit commercial, par l'inexécution des obligations liquides et exigibles qu'il avait contractées pour les besoins de son commerce.

Maintenant que nous connaissons les règles d'après lesquelles le juge doit former sa conviction, nous allons rechercher quels sont les faits d'où l'on peut inférer que le commerçant a cessé ses paiements.

SECTION III. — Des faits qui révèlent la cessation
des paiements

La cessation des paiements étant, contrairement à l'insolvabilité, un fait matériel, doit se manifester par certains signes extérieurs. Le législateur de 1807 avait voulu dresser une liste des circonstances pouvant servir à fixer l'origine de la faillite ; mais cette liste était forcément incomplète et inexacte. Il arriva donc que le juge, enfermé dans un cercle étroit, se trouva dans l'obligation, tantôt d'attacher la faillite à des faits qui, en raison des circonstances de la cause, n'impliquaient pas une impossibilité réelle et définitive de payer, tantôt, au contraire, de ne pas tenir compte de faits qui, pour ne pas être visés par la loi, n'en révélaient pas moins une situation désespérée. Instruit par le passé, le législateur de 1838 supprima cette énumération et s'en remit purement et simplement à la prudence discrétionnaire des tribunaux du soin de constater la cessation des paiements d'après les symptômes qui leur paraîtraient en démontrer l'existence.

Ce fut bien à lui de renoncer à toute précision en cette matière. La cessation des paiements se traduit sous les formes les plus diverses ; le même fait peut exprimer, dans un cas, une

impossibilité de payer et, dans un autre, une gêne momentanée ; ce sont les circonstances qui donnent aux actes du débiteur leur véritable caractère. Il faut donc laisser au juge du fait la mission de constater dans chaque espèce l'existence et la date de la cessation des paiements.

Telle étant notre opinion, nous ne nous sommes évidemment pas proposé, en consacrant cette section aux circonstances indicatives de la date de cessation des paiements, de reprendre les errements du législateur de 1807 et de dresser de ces circonstances une liste complète et définitive. Nous voulons seulement rechercher quels sont usuellement les faits auxquels se reconnaît la cessation des paiements et montrer par quelques applications dans quels cas ils peuvent servir de criterium.

Toutefois, avant d'aborder cette étude, une difficulté doit être résolue : c'est celle de savoir si la cessation des paiements date seulement du jour où elle s'est manifestée par des actes constatant des refus de paiements ou si, au contraire, elle doit remonter à l'époque où le failli n'a pu se maintenir à la tête de son commerce qu'à l'aide d'expédients. Le Code de 1807 n'ouvrait la faillite que du jour où le commerçant n'avait plus payé et ne tenait aucun compte des moyens dont il usait pour faire ses échéances.

Certains soutiennent que la même règle doit être suivie sous la loi de 1838 et refusent par conséquent aux tribunaux le droit de rechercher si le commerçant est parvenu à payer sans user d'artifices. « Le tribunal de commerce, dit-on » dans cette opinion, n'a pas à se rendre compte » des moyens à l'aide desquels le commerçant » se serait procuré les fonds avec lesquels il a » maintenu son crédit et le fonctionnement » normal du service de ses échéances ; il n'a » pas à examiner si le crédit et la régularité » des paiements n'ont été continués que par des » négociations de valeurs de circulation, de bil- » lets de complaisance ou même de valeurs, » revêtues de fausses signatures. Tant que les » engagements commerciaux sont exactement » payés à leurs échéances, tant que le crédit » est demeuré intact, la justice commerciale n'a » pas à s'enquérir du caractère et de la nature » des moyens que le négociant a mis en usage » pour conserver son crédit, et à rechercher si » ce crédit était sérieusement fondé ou s'il était » établi sur des expédients ou sur des artifices (1). »

Nous ne saurions partager en aucune façon cette manière de voir. La question, selon nous, doit se résoudre par une distinction. Si le débiteur est parvenu à maintenir son crédit et à

(1) Gadrat : *Traité des faillites et banqueroutes*, p. 36. Thaller : *Traité élémentaire de droit commercial*, n° 1488, p. 825.

continuer son commerce par des moyens licites, autorisés par la pratique des affaires et ne compromettant en rien son existence commerciale, les juges ne sauraient voir dans ces opérations des faits de cessation de paiements. Mais, si au contraire, le failli a eu recours, pour retarder sa débâcle, à des manœuvres dolosives, la cessation de ses paiements doit être reportée au jour où il s'est livré à de pareils agissements.

La raison de cette distinction est bien facile à saisir. Quand, pour se mettre en mesure de remplir ses engagements, le commerçant se sert des moyens que la loi a mis à sa disposition, il ne trahit pas la confiance de ses créanciers ; puisque ses actes sont corrects et réguliers, ils ne lui font pas perdre le crédit qu'il inspire. Il n'en saurait être de même de ceux qui n'arrivent à continuer leurs affaires que par la fraude et la simulation. Ceux-là ne vivent pas de leur vie propre : ils n'ont qu'une existence d'emprunt et les paiements qu'ils effectuent sont purement fictifs. Or, la continuation des paiements n'en exclut la cessation qu'autant qu'il s'agit de paiements réels. D'ailleurs, loin de consolider leur crédit, de refaire leur situation, les commerçants qui, pour rester à la tête de leurs affaires, usent de procédés occultes et déloyaux, précipitent leur chute et compromettent irrémédiablement le patrimoine qui sert

de gage à leurs créanciers. Serait-il donc possible que le législateur qui, en instituant la faillite, a voulu avant tout protéger les créanciers, ait entendu leur retirer cette protection dans le cas même où elle leur serait le plus utile ? Evidemment non. « On s'exposerait par la décision contraire, dit fort bien Bedarride, à encourager un abus que la loi a voulu proscrire, celui de prolonger au détriment de l'actif une existence commerciale trop gravement compromise pour qu'elle puisse se relever (1) ».

Nous trouvons exposés en excellents termes, dans les *landectes* chronologiques, les principes que nous venons d'émettre sous un arrêt de la Cour de cassation du 26 juin 1876 qui en a fait l'application (2). « Tant que le commerçant » peut continuer ses opérations, y est-il dit, » tant qu'il satisfait à ses engagements, il n'y » a pas cessation de paiements, état de faillite. » Mais il faut que les moyens employés con- » jurent la crise finale, qu'ils prolongent l'exis- » tence commerciale, sans la compromettre, que » ce ne soient pas des expédients blâmables qui » ne soulagent un moment le débiteur que pour le » mieux écraser, qui, le temps de répit accordé, » transforment une situation compromise en une » situation irrémédiablement perdue, perdue pour

(1) Bedarride, *loc. cit.*, t. 1, n° 63

(2) T. V, 1, 264, notes 2, 3, 4, 5.

» le débiteur acculé à la faillite, perdue sur-
» tout pour la masse des créanciers dont le gage
» sortira notablement réduit de ces tripotages
» de la dernière heure. Dans ce cas, lorsque
» les billets renouvelés et le papier de circula-
» tion restent impayés, la faillite devra être
» déclarée; et l'on pourra la faire remonter ré-
» troactivement à l'époque où ces effets auront
» été créés; car alors, les procédés employés
» apparaîtront avec leur véritable caractère; il
» ne sera plus possible de les confondre avec
» des moyens de crédit affirmant la solvabilité
» du commerçant et la vitalité de ses opéra-
» tions; ils seront au contraire le signe, la dé-
» monstration de la détresse du débiteur et de
» la fin de son existence commerciale. »

Nous décidons donc que la cessation des paiements doit remonter au jour où le commerçant a usé de moyens déguisés ou frauduleux, bien qu'il ait pu, à l'aide de ses moyens, faire face quelque temps encore aux obligations de son négoce. Nous sommes d'autant plus à l'aise pour nous déterminer dans ce sens que la cessation des paiements n'a pas besoin d'être notoire (1).

Les faits innombrables qui sont susceptibles

(1) Sic Bédarride, loc. cit. t. 1, n° 63. Boistel, n° 895. Brav. et Demangeat, t. V, p. 22. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n° 2606 et note 3. Dalloz. Répert. v^{ls} faillites et banquer., n° 140, in fine Supplém. eisdem verbis n°s 342 et 349-352 inclusivement.

A citer à ce propos l'heureuse disposition de l'art. 705 du Code italien ainsi conçu : «... Le fait matériel d'une continuation de paiements, par l'emploi de moyens ruineux ou frauduleux, n'empêche pas le juge de déclarer que le commerçant était réellement en état de cessation de paiements. »

de marquer la date de l'extinction de la vie commerciale du débiteur peuvent se classer en trois groupes : faits qui constituent de la part du commerçant un aveu d'impuissance, actes judiciaires ou extrajudiciaires qui constatent chez le failli un refus ou une impossibilité de payer, moyens dilatoires ou frauduleux dont il s'est servi pour prolonger son existence commerciale.

C'est sous ce triple chef que nous allons passer en revue les principaux faits indicatifs de l'époque de cessation des paiements.

A. AVEU DU DÉBITEUR.

Cet aveu peut être exprès ou tacite.

a) *Aveu exprès.* — Il se traduit ordinairement, soit par la déclaration du failli accompagnée du dépôt de son bilan au greffe du tribunal de commerce, soit par une circulaire collective adressée par le débiteur à ses créanciers pour leur faire connaître sa position obérée et leur demander des délais ou une remise de dettes.

Le dépôt de bilan est le moyen dont l'emploi est prescrit par le législateur au commerçant qui se voit dans l'impossibilité de continuer ses affaires. Il fait par lui-même preuve de la cessation des paiements et doit fatalement entraîner la faillite, sans que le tribunal ait au préalable à discuter la sincérité de cet aveu (1).

(1) Nous supposons, bien entendu, que celui qui dépose son bilan est réellement un commerçant.

Sic Pardessus, n° 1097. Bedarride, n° 57. Alauzet, t. VI, n° 2428. Ruben

Le dépôt du bilan doit donc fixer la date de cessation des paiements quand le commerçant n'a pas jusque-là donné de signe d'insolvabilité. Mais il arrive rarement, pour ne pas dire jamais, que le commerçant dépose son bilan, le jour même où il vient à manquer à ses engagements. Sans doute, le débiteur voit immédiatement que sa situation est tendue ; mais il lui est plus difficile de savoir si son état est irrémédiablement désespéré ou s'il ne s'agit pas plutôt d'une crise momentanée dont il finira par triompher. Il lui faut le temps de se reconnaître ; c'est pourquoi le Code de commerce avait accordé au failli un délai de trois jours pour déposer son bilan et que le législateur de 1889, se rendant compte de l'insuffisance de ce premier délai, l'a porté à quinze jours (1). La pratique d'ailleurs nous apprend que, dans la plupart des cas, ce délai de quinze jours est largement dépassé et ce fait s'explique sans toutefois pouvoir se justifier. Il répugne aux commerçants, surtout aux commerçants honnêtes, d'avouer leur détresse. Malgré les adoucissements qu'elle comporte, la liquidation judiciaire paraît encore à beaucoup une institution infamante et, pour en éviter l'application, ils luttent désespé-

de Couder, v^o faillite, n^o 103. Bravard et Demangeat, t. V, p. 49, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n^o 2590. Boistel, n^o 900. Dalloz. Répert. v^o faillites et banquer., n^o 66. Supplém. eisdem verbis, n^o 300.

(1) Art. 438, par. 1^{er}, modifié par l'art. 23 de la loi du 4 mars 1889.

ment jusqu'à ce qu'enfin, acculés dans leurs derniers retranchements, ils se voient forcés de déclarer leur impuissance. Aussi est-il extrêmement rare que la date de cessation des paiements corresponde à celle du dépôt du bilan. La déclaration du failli ne doit donc être qu'un « *ultimum subsidium* » et il appartiendra toujours aux juges de remonter dans le passé pour voir si, antérieurement, le failli n'avait pas déjà donné des signes d'insolvabilité.

Bien souvent, avant de déposer son bilan, le commerçant sollicite de ses créanciers un arrangement amiable. A cet effet, il leur adresse une circulaire dans laquelle il expose sa situation malheureuse et leur demande des délais ou offre de les payer en monnaie de dividende. Suivant les circonstances, cette lettre suffira ou ne suffira pas à prouver la date de la cessation des paiements. De deux choses l'une : ou les créanciers se rendant au désir de leur débiteur attermoieront avec lui, où ils se refuseront à toute concession. Si le commerçant obtient un arrangement de l'unanimité de ses créanciers commerciaux (1) et que, grâce à cet arrangement, il arrive à rester à la tête de ses affaires et à exécuter ponctuelle-

(1) La cessation de paiements ne s'entendant que du non-paiement de dettes *commerciales*, il faut et il suffit pour que l'existence commerciale ne soit pas ébranlée, que tous les créanciers *commerciaux* attermoient avec le débiteur (Sic Dalloz. Supplém. v^{te} faillites et banquer., n° 265. Besançon, 6 fév. 65, D. P. 65, 2, 51).

ment ses engagements, le jour de la cessation des paiements ne pourra être déterminé par la date de la circulaire (1). Si, au contraire, les créanciers se sont montrés intraitables ou s'ils n'ont pas tous concouru à l'arrangement, l'époque de la cessation des paiements devra remonter à la date de la circulaire (2). Et, qu'on veuille bien le remarquer, nous ne disons pas que la cessation des paiements doit être fixée au jour de l'atерmoiemént, comme on pourrait être tenté de le supposer, mais au jour où le débiteur a écrit à ses créanciers en vue de son obtention. C'est qu'en effet, l'atерmoiemént ne fait que régulariser une situation dont l'origine remonte à la date où le commerçant l'a dévoilée à ses créanciers. C'est donc la date de la lettre qui doit marquer la fin de la vie commerciale du failli (3). Nous déciderions au contraire que

(1) Dalloz. Supplém. v^{is} faillites et banquer., n° 336, 2° in fine.

(2) Dalloz. Rep. n° 161. Suppl. n°s 335 et 336. 2° in principio. Ruben de Couder, n° 146. Ce dernier auteur prétend que la circulaire par laquelle le débiteur annonce son impossibilité de payer peut faire rétroagir la date de la cessation des paiements, mais ne saurait motiver une déclaration de faillite. Nous n'admettons pas cette différence : tout fait susceptible de fixer la date de cessation des paiements doit pouvoir entraîner la faillite. Pourquoi d'ailleurs la circulaire du commerçant, qui, tout comme le dépôt de bilan, est un aveu exprès et personnel de son impuissance, ne motiverait-il pas au même titre, sa mise en faillite ?

(3) Douai, 1^{er} mars 1860. Recueil de cette Cour, t. 48, p. 102. Il s'agissait en l'espèce d'un atерmoiemént judiciaire : la Cour a décidé que le jugement d'atерmoiemént non réalisé constate par lui-même un état antérieur de cessation de paiements et que, par suite, l'ouverture de la faillite devait être fixée à l'époque des poursuites antérieurement dirigées contre le débiteur.

le contrat d'atermoiement devrait marquer le point de départ de la faillite, si tous les créanciers l'avaient signé et que le débiteur avait été mis en faillite, faute d'en avoir rempli les conditions.

b) Aveu tacite. — Le débiteur peut manifester implicitement sa ruine de diverses manières dont les principales sont : sa fuite, la fermeture de ses guichets ou de ses magasins, et la liquidation par lui faite de ses affaires.

La retraite du débiteur et la fermeture de ses bureaux avaient été indiquées par le Code de commerce comme devant faire preuve par eux-mêmes de la cessation de ses paiements. La loi de 1838, voulant laisser aux juges les pouvoirs les plus étendus, s'est abstenus de leur attribuer cet effet ; mais il ne faudrait pas conclure de là qu'ils ne peuvent plus servir de point de départ à la période suspecte. Ce sont au contraire des indices qui, presque toujours, décèleront le krach d'une maison de commerce. Toutefois, ici encore, tout dépend des circonstances ; il n'est pas rare que, à la suite d'opérations malheureuses, des négociants affolés et mus par un sentiment d'honneur exagéré, croient leur situation perdue et abandonnent un commerce relativement prospère.

Aussi a-t-il été jugé à bon droit que la

retraite du débiteur ne pouvait suffire à déterminer l'époque d'ouverture de sa faillite, si, postérieurement à cette époque, les paiements avaient encore été effectués (1). Et alors même que la fuite du commerçant le constitue en état de faillite, la cessation des paiements ne doit pas être reportée au jour de son déguerpissement, s'il est constant que, pendant cette journée, il avait effectué régulièrement ses paiements et qu'il avait su conserver son crédit au point de ne pas faire craindre la catastrophe qui devait éclater (2).

La liquidation que le commerçant fait de ses affaires est aussi l'une des formes sous lesquelles se manifeste quelquefois son impuissance à continuer son commerce ; mais hâtons-nous d'ajouter que cette preuve est loin d'être infaillible. Une liquidation en effet peut annoncer l'intention du commerçant de renouveler son fonds de commerce, de mettre bon ordre à ses comptes ou même de se retirer après fortune. C'est encore et toujours une question de fait qu'il appartient au tribunal de trancher d'après les éléments de la cause (3).

(1) Douai, 26 mai 1855. Recueil de cette Cour, t. 13, p. 364. Douai, 18 juin 1859. Ibid., t. 7, p. 200. Douai, 12 déc. 1874. Ibid., t. 33, p. 29.

(2) Rouen, 28 janv. 1858. D. P. 58, 2, 104.

(3) Dalloz. Suppl. v^{ie} faillites et banquer., n° 353. Répert. his verbis n^{os} 164 et 165.

B. ACTES QUI CONSTATENT DE LA PART DU FAILLI
UN REFUS OU UNE IMPOSSIBILITÉ DE PAYER.

Les principaux actes qui manifestent l'interruption de la vie commerciale du débiteur sont les protêts, les assignations, les jugements de condamnation et les saisies. Reprenons chacun de ces faits.

a) *Protêts.* — De tous les signes par lesquels se dévoile l'état de cessation de paiements d'un commerçant, le protêt est, sans contredit, le plus fréquent. Ouvrez un recueil d'arrêts et vous verrez que la plupart des décisions relatives à l'article 441 du Code de commerce ont été rendues à l'occasion de protêts. Mais c'est aussi l'acte le plus équivoque, le criterium le moins certain sur lequel on puisse se baser pour fixer la date de la faillite. Il s'en faut de beaucoup qu'un protêt révèle invariablement la détresse du débiteur. Aussi est-ce surtout ici qu'il convient de se rappeler que le fait pris comme point de départ de la faillite ne doit pas marquer seulement une gêne accidentelle et temporaire, mais une cessation réelle et définitive de paiements. Contrôlons ce principe par quelques applications qu'en a faites la jurisprudence.

Il a été décidé que la cessation des paiements ne pouvait résulter : 1° de quelques pro-

têts, dus à des causes accidentelles, qui ont été payés quelques jours après (Req. 15 mars 1881, D. P. 82, 1, 15); alors surtout que le failli a, dans les derniers mois, fait des achats et des ventes considérables et payé des sommes très élevées à l'aide de ses ressources, et de son crédit (Req. 26 juin 1876. S. 76, 1, 354, et Pand. chron. 1870-77, I, 264); 2° ni de protêts et même de jugements prononcés contre le commerçant s'il n'est pas établi que ces actes ont été obtenus pour des dettes qui n'ont pu être soldées (Pau. 23 novembre 93. D. P. 94, 2, 66).

Au contraire il a été jugé que pouvaient être considérés comme signes caractéristiques de la cessation des paiements : 1° les protêts de traites acceptées par le failli, encore bien qu'il ait, depuis, obtenu un certain crédit et payé certains créanciers si ces traites ont continué d'être laissées en souffrance et ont déterminé ultérieurement le dépôt de son bilan (Douai, 10 nov. 79. Recueil de cette Cour, t. 40, p. 94); 2° les protêts des billets souscrits par un commerçant alors que celui-ci avait toujours reconnu devoir l'intégralité des sommes qui lui étaient réclamées et qu'il n'a élevé de contestation en justice que pour gagner du temps et éviter la déclaration de faillite (Cass. 13 juin 93, D. P. 93, 1, 480); 3° un premier protêt qui avait été suivi d'un très grand nombre d'autres, en sorte

que jusqu'au jour de la déclaration de faillite, les engagements du débiteur étaient restés en souffrance (Alger, 13 mai 1896, D. P. 97, 2, 362).

Il est à remarquer que lorsqu'un commerçant ne figure dans un effet de commerce que comme endosseur, son obligation étant moins directe, le protêt dressé contre lui ne doit évidemment pas constituer une présomption de cessation de paiements aussi forte que s'il avait été le tiré ou le souscripteur du billet. Aussi a-t-il été décidé avec raison qu'il n'y avait pas cessation de paiements proprement dite de la part du commerçant qui n'a en souffrance que des engagements par endossement (Lyon, 24 mai 1848, D. P. 48, 2, 190) ; que si le porteur, quoique muni d'un jugement de condamnation, ne le poursuit pas, il y a lieu d'induire de cette inaction qu'il attend du souscripteur le paiement des effets (Bordeaux, 9 juillet 1832, Dalloz, répert. ^{vis} faillites et banquer., n° 159, 2^e note 2).

b). Assignment. — L'assignment est aussi un acte susceptible de prouver l'origine de la cessation des paiements. Maintenant que nous connaissons les règles qui caractérisent la cessation des paiements, il est à peine utile de rappeler que, pour fixer la date de la faillite, l'assignment doit avoir pour objet le paiement de dettes certaines, liquides et exigibles. Une action en justice nécessitée par une résistance sérieuse et

motivée du débiteur ne signifierait rien quant à son état de fortune. Et même quand il s'agit d'une créance non litigieuse, l'assignation ne peut fixer la date de la cessation des paiements quand le débiteur y a fait droit et a repris pour quelque temps encore le cours de ses affaires. Comme le protêt, l'assignation ne peut servir de criterium qu'autant qu'elle a été le premier acte révélant un état de détresse dont le débiteur ne s'est pas relevé. Faisant une saine application de ces principes, la Cour de Paris a reporté la cessation des paiements d'un commerçant à l'époque où il avait reçu deux assignations à deux jours consécutifs en paiement de dettes commerciales ; parce que, depuis ce moment, des actes de poursuite et d'exécution émanés de créanciers multiples s'étaient succédé sans interruption et que le commerçant n'avait retardé sa faillite qu'en sollicitant de ses créanciers des termes et délais, en hypothéquant ses biens et en se livrant à une circulation d'effets fictifs (Arrêt du 27 janvier 1892, D. P. 94. 2. 261).

c) *Jugements de condamnation.* — Nous avons dit que c'étaient les circonstances qui donnaient aux actes leur véritable signification, c'est bien ici le lieu de s'en souvenir. Il semblerait en effet que lorsque l'autorité judiciaire a consacré le droit du créancier par jugement, le fait de ne pas obéir au prescrit de ce jugement doive être

considéré comme attestant la cessation des paiements; il n'en est cependant pas nécessairement ainsi. Nous avons cité en son temps un arrêt de la Cour de Poitiers du 27 juillet 1885 (Dalloz suppl. n° 252, en note), qui avait refusé de regarder comme preuve de la cessation des paiements le défaut de règlement d'une dette litigieuse constatée par un jugement exécutoire par provision frappé d'appel. La Cour appuyait très justement sa décision sur ce que l'appel interjeté soulevait des difficultés sérieuses et que l'exécution provisoire ne supprimait pas l'effet dévolutif qui laisse entier, pour les juges du second degré, l'examen du litige. Plus récemment, un arrêt de la Cour de Rouen du 15 avril 1897 (Journ. des Faill., 98, p. 34), a décidé que la poursuite exercée par un seul créancier en l'absence de toute autre poursuite et de tout protêt ne suffit pas pour constituer la cessation de paiements, alors d'ailleurs que ce créancier fonde sa prétention sur un jugement par défaut qu'il ne produit pas et fait défaut lui-même sur l'appel interjeté contre ce jugement. Par contre, l'inexécution d'un jugement de condamnation au paiement d'une certaine somme constitue toujours une preuve évidente et irrécusable de l'impuissance du débiteur, quand il s'agit d'un jugement passé en force de chose jugée (Cass., 30 avr. 77, Sirey 77, 1, 244, D. P. 78, 1, 83. Pand. chron., t. V, 1870-77, 1, 318).

d) *Saisie*. — La saisie est presque toujours la constatation matérielle de l'impossibilité de payer les dettes liquides et exigibles. Aussi le tribunal civil de Bazas a-t-il jugé que le commerçant saisi dans ses meubles et dans ses immeubles devait être considéré comme étant en état de cessation de paiements et par suite comme pouvant être déclaré en faillite (Bazas, 24 mars 1896, D. P. 96, 2, 264). Et cependant, bien que la saisie constitue peut-être le signe le plus caractéristique de la ruine du débiteur, elle ne peut pas toujours servir de criterium. Nous nous rappelons, par exemple, des quelques années pendant lesquelles nous nous sommes initié à la pratique du droit, un cas où une saisie exercée contre des commerçants en vertu d'un jugement passé en force de chose jugée n'eut certainement pas pu motiver une déclaration de faillite ou un report de la date de cessation des paiements. Voici l'espèce : Une société avait été condamnée par le tribunal de commerce de Roubaix à tenir compte à son ancien directeur d'une somme de 1.050 francs environ. A la suite de ce jugement, la Société découvrit par l'examen de ses livres que ce directeur avait indûment prélevé dans sa caisse diverses sommes dont le total s'élevait à plus de 1.600 francs. Elle l'assigna donc en remboursement de ces sommes. L'affaire traîna quelque temps au rôle du tribunal et le directeur pro-

fita de ces lenteurs pour mettre son jugement à exécution. La Société, d'ailleurs bien assise, ne voulait pas payer, parce qu'elle savait que son ancien directeur était insolvable et que si elle ne pouvait arriver à compenser sa dette avec la créance qu'elle avait contre lui, ses poursuites deviendraient inutiles ; aussi se laissa-t-elle saisir. Eh bien, nous disons qu'en l'occurrence la saisie n'aurait pu faire preuve de la cessation des paiements parce que la société continuait à régler toutes ses autres dettes, que son crédit était indemne et que ce n'était pas faute de fonds qu'elle se refusait à satisfaire au prescrit du jugement qui la condamnait.

C. PROCÉDÉS OCCULTES ET MANŒUVRES FRAUDULEUSES.

Nous avons fait connaître notre sentiment sur la position de ceux qui, à l'aide de moyens clandestins, licites ou illicites, parviennent à prolonger leur existence commerciale. Pour ces faits comme pour ceux que nous avons précédemment étudiés, ce sont les circonstances qui doivent dicter la solution à adopter. Toutefois, il est nécessaire que les tribunaux se laissent toujours guider dans leurs appréciations par cette double règle :

1° N'impliquent pas la cessation des paiements, les opérations de commerce licites par

lesquelles un débiteur, réduit à de pénibles embarras, cherche de bonne foi à sauver sa situation sans compromettre le gage de ses créanciers.

2° Constituent au contraire une preuve de la cessation des paiements, les agissements clandestins et déloyaux par lesquels un commerçant obéré, voulant se soustraire à une faillite imminente, arrive à prolonger un crédit artificiel et mensonger au détriment de la masse créancière.

Citons quelques décisions rendues à ce sujet par la jurisprudence. Il a été jugé qu'il ne fallait pas considérer comme marquant nécessairement un arrêt de la vie commerciale (a) les renouvellements de traites tirées sur le failli ou la remise par lui faite d'un mandat de peu d'importance sur un client qui n'était point son débiteur au moment de l'émission (Caen, 24 juillet 1895. Journ. des faill., 1898, p. 70) ; (b) ni le fait par un commerçant gêné de soutenir son crédit à l'aide d'emprunts successifs et de renouvellements de billets, s'il fait face à toutes ses échéances, ne laisse aucune dette en souffrance et suit, sans temps d'arrêt, le cours de ses affaires (Paris, 13 février 1877. Pand. chron., t. V. 2, 264) ; (c) ni l'émission par un commerçant poursuivi, au profit de son créancier, d'une obligation hypothécaire, alors qu'on ne peut y voir le résultat d'une collusion frauduleuse entre

le créancier et le débiteur ; mais une simple mesure de protection prise au vu et au su de tous (Même arrêt et Rouen. 1^{er} décembre 1879, Pand. chron. II, 264, note *a*), (*d*), ni le fait que le paiement de billets renouvelés a été fait par un tiers, si ce tiers a agi de bonne foi et n'a eu en vue que le relèvement du commerce du débiteur et la restauration de son crédit (Ibidem), (*e*), ni la circulation d'effets, qui, bien que n'ayant pas été créés en vertu d'une dette née et actuelle, ont une contre-partie réelle et ont été émis principalement pour permettre au tiers qui les a souscrits, de mobiliser la valeur des marchandises invendues existant dans ses magasins (Douai, 27 octobre 1897, aff. Desseau c. son syndic. Recueil de cette Cour 97, p. 259), (*f*), ni les opérations à terme sur nantissement qui n'ont pas été traitées dans le but de retarder une faillite imminente (Même arrêt), (*g*), ni de grandes émissions de papier de circulation, si le failli a toujours trouvé dans ses opérations ou son crédit le moyen de libérer ce papier à l'échéance (Cass. 26 juin 1876, Pand. chron., t. V, 1, 264).

Par contre, la jurisprudence a reconnu comme constituant la cessation des paiements (*a*), le fait par un commerçant de n'avoir plus réglé ses créanciers qu'à l'aide de renouvellements de billets suivis d'une vente à réméré de tout son

matériel (Nancy, 18 décembre 1869, D. P. 70, 2, 55); (b), le fait d'un failli qui, ne pouvant payer et ayant déjà des effets protestés a fait accepter des sûretés hypothécaires, alors que, depuis, l'existence commerciale du failli ne s'est soutenue qu'au moyen de renouvellements de billets et qu'il est certain que si le créancier, au lieu d'accepter une hypothèque, avait exigé un paiement immédiat, la faillite eût dû être déclarée (Lyon, 6 janvier 1869, D. P. 71, 5, 184); (c), l'emploi d'expédients déloyaux et factices en vue de soutenir artificiellement son crédit (Trib. civ. d'Annecy, 22 juin 1889. Annales de dr. commercial de Thaller, année 1889, p. 256)... tels qu'une circulation de valeurs fictives de pure complaisance, ou des nantissements que les circonstances permettraient de considérer comme suspects (Motifs, Douai, 9 août 1897, aff. Crédit Lyonnais c. syndic Desseaux. Recueil de la Cour, année 1897, p. 253, confirmé par arrêt de la Cour de cassation du 31 octobre 1898 : Gazette du Palais, du 13 novembre 1898); (d), le fait qu'un négociant en achetant des marchandises au comptant les paye en immeubles sous la forme d'une vente à réméré (Civ. 20 mai 1895, D. P. 96, 1, 228).

CHAPITRE III

Du jugement qui fixe la date de la cessation des paiements

SECTION I^{re}. — De l'autorité compétente pour déterminer la date de cessation des paiements et de l'étendue de ses pouvoirs.

L'article 441 du Code de commerce attribue aux juges consulaires le droit de préciser, soit par le jugement déclaratif de faillite, soit par un jugement ultérieur, le jour auquel la vie commerciale du failli s'est arrêtée.

Mais de ce que le législateur a confié aux tribunaux de commerce la mission de déclarer la faillite et d'en fixer la date originaire, faut-il conclure qu'il a, par cela même, interdit aux tribunaux civils et criminels de rechercher incidemment si, à telle époque, un commerçant se trouvait en état de cessation de paiements pour appliquer les effets qui dérivent de cet état ? En d'autres termes, l'époque de la cessation

des paiements n'existe-t-elle qu'autant que la justice commerciale en a prononcé officiellement l'ouverture ?

C'est là un des côtés de l'importante question de savoir si la faillite est un état de droit ou un état de fait, si elle consiste dans le simple fait de la cessation des paiements ou si son existence est subordonnée à la déclaration du tribunal de commerce.

Le problème a vivement préoccupé tous ceux qui ont écrit sur la matière des faillites, et cela se conçoit, car il est gros de conséquences et touche aux intérêts les plus graves.

Beaucoup d'auteurs, et non des moins éminents (1), ont soutenu que la reconnaissance par le tribunal de commerce de l'état de cessation des paiements était la condition « *sine qua non* » de la faillite. Les articles 440 et 441 forment la pierre angulaire de leur système. Le premier de ces articles énonce que « la faillite est déclarée par jugement du tribunal de commerce ». Or, qu'est-ce que cela signifie, dit-on, si ce n'est qu'il ne peut y avoir de faillite en dehors d'un jugement du tribunal de commerce qui la cons-

(1) Demangeat sur Bravard, t. V, p. 66 et suiv., note 2. Massé, t. II, n° 1166 et suiv. Delamarre et Le Poitvin, t. VI, p. 66 et suiv. Lyon-Caen et Renault, n° 2647 à 2654, p. 640 et suiv. Boistel, n° 898, p. 630.

Adde Edgard Marx : Etude sur les droits de la femme, p. 14 et suiv. L. Mahoudeau, note sous un arrêt de la C. de Grenoble du 13 nov. 1888, rapporté dans Thaller, Annales de dr. comm., année 1889, jurispr., p. 23 et suiv.

tate et la déclare ? C'est d'ailleurs la pensée formellement exprimée par le rapporteur de la loi de 1838. « Le système de la commission ou » plutôt du gouvernement, en rédigeant le projet » de loi, dit-il, a été d'exiger pour constituer » la faillite, ce qu'on appelle la cessation de » paiements, c'est-à-dire de ne plus s'attacher » à un fait isolé tel qu'un ou deux protêts, tel » même que la clôture du magasin qui pourrait » tromper sur l'intention et le sens dans lequel » cette circonstance aurait eu lieu, mais d'exiger » un ensemble de circonstances et d'en laisser » l'appréciation au tribunal de commerce qui, » éclairé par la connaissance et l'habitude des » affaires commerciales, peut prononcer avec » connaissance sur cet ensemble de circons- » tances (1). Vous le voyez donc, s'écrie-t-on triomphalement, l'esprit comme le texte de la loi s'accordent à proclamer la nécessité d'un jugement spécial du tribunal de commerce pour que la faillite existe et produise des effets. L'article 437, il est vrai, fait consister la faillite dans la simple cessation des paiements ; mais cet article ne doit pas être séparé de l'article 440 qui, lui, exige que la faillite soit déclarée. Ces deux textes se complètent : le premier définit la

(1) Rapport de M. Quenault à la Chambre des députés : Séance du 27 mars 1838. *Moniteur* du 28, p. 703, col. 2. C'est à tort que M. Marx attribue ce rapport à Renouard.

faillite, en germe, le second lui donne son existence légale. L'article 441, poursuivent les tenants de ce premier système, vient encore étayer notre opinion. Il dispose que la fixation de la date de la cessation des paiements appartient au tribunal de commerce ; n'en faut-il pas conclure que la juridiction consulaire jouit d'une compétence exclusive pour constater la cessation des paiements ? Car enfin, si on permet aux tribunaux civils et criminels de connaître de la cessation des paiements pour en appliquer les effets légaux, on les autorise par cela même à faire remonter la période suspecte au moins au jour où ils auront décidé que la cessation des paiements existait ; en d'autres termes, leur reconnaître le droit de constater la faillite, c'est leur reconnaître le droit de déclarer qu'elle remonte à telle époque, c'est violer l'article 441.

Malgré la valeur réelle de ces arguments, malgré la haute autorité qui s'attache aux noms de ceux qui ont admis ce système, nous préférons l'opinion contraire professée par une partie de la doctrine et consacrée par la jurisprudence constante des tribunaux et, notamment, de la Cour de cassation (1). La question est assurément

(1) Renouard, t. 1, p. 228, n° 2, sur l'art. 437. Bedarride, t. 3, n° 994. Pardessus, t. II, n°s 1094 et 1108. Alauzet, t. VI, n°s 2424 et 2425. Ruben de Couder, t. IV, v° faillite, n°s 30 et 67. Bravard, t. VI, p. 197. Conf. Dalloz, Supplém. v° faillites et banquer., n°s 362 et suiv.

Voir aussi la très savante étude de M. Bouniceau-Gesmon : « De la déclai-

très ardue ; il semble que sa difficulté se mesure à son importance ; elle est l'occasion d'une lutte où les adversaires combattent à armes à peu près égales, de sorte qu'il n'est pas aisé de savoir où se trouve la vérité. Pour nous, ce n'est pas sans hésitation que nous nous séparons de ceux qui, à l'heure actuelle, occupent la première place dans la science du droit commercial ; mais, tout bien pesé, nous croyons que la faillite est un simple état de fait, consistant dans la cessation des paiements commerciaux, dont tout tribunal peut constater l'existence.

Qu'est-ce en effet que la faillite ? Le législateur va nous répondre. Ouvrons le Code de commerce au livre DES FAILLITES ET BANQUEROUTES. Au début de ce livre, sous la rubrique « dispositions générales », nous trouvons l'article 437 qui semble être placé là comme pour dominer toute la matière des faillites. Et que nous dit cet article ? « Tout commerçant qui cesse ses paiements est en état de faillite. » Rien de plus, rien de moins. Ainsi donc, ce qui constitue la faillite, au sens juridique du mot, c'est purement et

ration de faillite » dans la Revue pratique de droit français, année 1871, t. 1, p. 5 et suiv. t. 2, p. 370 et suiv. Thaller (De la faillite des agents de change, n°31), dit incidemment, en parlant de l'opinion qui soutient que la faillite est légale et non judiciaire : « nous croyons cette notion juste et nous espérons que l'occasion nous sera donnée un jour d'en établir l'exactitude. » Comp. cependant son Traité élémentaire de dr. comm., n°s 1501-1506, p. 833-836.

Sic : Cass. 22 févr. 88. D. P. 88, 1, 311. 29 avril 89, D. P. 90, 1, 20. 26 octobre 91. D. P. 92, 1, 564. 23 juin 93. D. P. 95, 1, 519. 15 févr. 1897. D. P. 97, 1, 112.

simplement la cessation des paiements. L'article 437 n'en subordonne pas l'existence à une déclaration du tribunal de commerce ; par conséquent, c'est ajouter à son texte que de proclamer la nécessité de l'intervention de la juridiction commerciale. Pourquoi donc, en présence d'une disposition aussi claire, aussi précise, vouloir faire dire à la loi ce qu'elle ne dit pas ?

Sans doute, répondent les partisans de la théorie adverse, l'article 437 n'exige pas, pour la constitution de la faillite un jugement du tribunal de commerce ; mais l'article 440 a comblé cette lacune. Ces deux articles ne doivent pas être isolés, ils se complètent. Le premier nous présente la faillite à l'état *embryonnaire*, il nous parle de la cessation des paiements comme d'un *fait grave* d'une *simple allégation* ; mais c'est le jugement déclaratif qui donnera naissance à cet embryon, qui fera de ce fait grave un fait juridique, de cette simple allégation une preuve légale ; l'article 440 nous le dit : « la faillite est déclarée par jugement du tribunal de commerce ». Etat embryonnaire, fait grave, simple allégation : autant de mots, autant d'inventions. Très heureusement, le législateur n'a pas employé ces locutions obscures dans l'article 437 ; et l'interprète n'a pas le droit de les y insérer. La cessation des paiements, dit la loi, c'est la faillite. Non, prétend l'opinion que nous combat-

tons, la cessation des paiements n'est pas la faillite, ce n'en est que le germe. Peut-on violer plus ouvertement la loi ?

Mais l'article 440, nous objecte-t-on, qu'en faites-vous ? Ne dit-il pas en termes formels que la faillite ne saurait exister sans déclaration du juge consulaire ? L'objection est spécieuse, nous l'avouons ; mais elle n'est pas irréfutable, comme se l'imaginent nos adversaires. Toute la difficulté consiste à concilier l'article 437 avec l'article 440. On nous dit que le dernier restreint la portée du premier. Mais quelle corrélation y a-t-il entre ces deux textes. L'article 437 est placé en tête du titre de la faillite comme disposition générale et se réfère à toute la matière des faillites ; l'article 440 est inséré dans le chapitre premier qui traite « *de la déclaration de faillite et de ses effets* » ; il ne suit pas l'article 437, il en est séparé par deux autres textes. Aucun lien ne rattache entre elles les deux règles, que nos contradicteurs prétendent réunir. Sur quoi donc se fondent-ils pour dire que l'article 440 restreint la portée de l'article 437 ? Ah ! si le législateur avait dit : la faillite n'existera qu'autant qu'elle aura été déclarée par un jugement du tribunal de commerce, nous aurions bientôt désarmé ; mais l'article 440 ne contient aucune locution qui implique qu'il se rapporte à un texte précédent dont il restreint la portée. Bien

mieux, le législateur semble s'être complu à appeler *failli* le commerçant dont le tribunal n'a pas encore prononcé et ne prononcera peut-être jamais la faillite; c'est le cas de l'article 438, c'est aussi celui de l'article 439. Au reste, si le législateur avait voulu faire dépendre la faillite de la déclaration du juge consulaire, il s'en serait expliqué d'autant plus expressément que, depuis le Règlement de Lyon de 1667 jusqu'en 1838, l'opinion dominante avait été que la faillite existait *de plano* comme fait juridique par la simple cessation des paiements. Il n'y a donc aucun rapprochement à faire entre les articles 437 et 440 (1). Est-ce à dire pour cela que ces deux textes se contredisent? Nullement; l'antinomie qui semble résulter de leur isolement n'est qu'apparente. Chacun d'eux a son objet propre et distinct. Aux termes de l'article 437, c'est la cessation des paiements qui crée l'état de faillite; aux termes de l'article 440 c'est la déclaration du tribunal de commerce qui ouvre la procédure de la faillite. Il y a entre ces deux dispositions une différence analogue à celle qui sépare le Code civil du Code de procédure. « On

(1) Quant à l'argument qu'on prétend tirer de l'article 441, il ne saurait nous toucher. Le législateur se plaçant dans l'hypothèse où une faillite a été déclarée nous dit que le tribunal de commerce fixera la date de cessation des paiements par le jugement déclaratif ou par jugement ultérieur. S'ensuit-il que les tribunaux civils ou criminels n'aient jamais le droit de constater l'existence de la faillite avant toute déclaration émanée des juges consulaires? Aucunement.

» peut considérer la faillite sous deux points de
» vue, dit fort bien Renouard, ou comme l'état
» du commerçant qui a cessé ses paiements, ou
» comme l'état du commerçant qui a été judi-
» ciairement déclaré failli. » Cette explication a
le précieux avantage de donner à chacun des
articles 437 et 440 leur utilité spéciale, sans en
restreindre la portée ni en altérer le sens,
comme le fait l'opinion contraire. On conçoit
facilement après cela que certains effets décou-
lent exclusivement du jugement déclaratif de
faillite ; c'est que la déclaration de faillite entraîne
l'organisation du syndicat, et comme cette orga-
nisation a été uniquement confiée aux juges
consulaires il est nécessaire de suivre près d'eux
la procédure destinée à en assurer le fonction-
nement.

C'est ainsi que nous comprenons fort bien que
le dessaisissement ne date que du jugement déclara-
tif de la faillite (art. 443), que ce même juge-
ment ait seul pour effet de suspendre les pour-
suites individuelles exercées contre le failli (art.
443), qu'il arrête le cours des intérêts des créances
non garanties par un privilège, un nantissement ou
une hypothèque (art. 445). Enfin, nous admettons
que les incapacités politiques auxquelles est sou-
mis le failli ne l'atteignent que dans les cas de
faillite déclarée (1).

(1) A ce sujet le décret du 2 février 1852 pourrait encore au besoin

Il est, par contre, des effets que nous attachons au seul fait de la cessation des paiements, indépendamment de tout jugement déclaratif de faillite. Ce sont les nullités des articles 446 et suivants du Code de commerce, les actions en revendication ouvertes par les articles 574-577, les restrictions apportées aux droits des femmes et à l'exécution des avantages particuliers résultant de leur contrat de mariage (art. 557-564), les pénalités et nullités auxquelles donnent lieu les concessions frauduleuses destinées à mettre un créancier dans une situation meilleure ou autre que celle des autres créanciers (art. 597 et 598); ce sont enfin les peines de la banqueroute simple ou frauduleuse.

Les articles 446-449 que nous venons de citer viennent corroborer notre démonstration. Ils frappent de nullité certains actes accomplis par le failli depuis le jour où il a arrêté ses paiements et *avant le jugement déclaratif de faillite*. N'est-ce pas là une preuve éclatante que la cessation des paiements engendre des conséquences légales? Considérez donc la différence de rédaction qui existe entre ces textes et les précédents. Les articles 443-445 assignent au jugement déclaratif tels et tels effets; les articles 446-449 édictent

nous servir d'argument. Il mentionne parmi les individus qui ne sont ni électeurs, ni éligibles, les *faillis* non réhabilités dont la *faillite a été déclarée* par les tribunaux. Ou la rédaction de la loi est vicieuse, ou il faut admettre qu'il y a des faillis dont la faillite n'est pas déclarée.

des nullités qui existent à partir de la cessation des paiements, bien qu'aucun jugement déclaratif de faillite n'ait encore été rendu.

La vérité est donc que la faillite est un état de fait qui naît avec la cessation des paiements et préexiste au jugement déclaratif. Et non seulement le texte général et extensif de l'article 437 nous autorise à proclamer ce principe, mais l'explication donnée par l'un des principaux rédacteurs de la loi de 1838 ne nous permet pas d'hésiter. « *La faillite, a dit Tripier, la faillite existe par le seul fait de la cessation des paiements. Le jugement qui la déclare ne la crée pas (1)* ». Est-ce assez clair ?

Par conséquent, si la faillite est constituée par le fait matériel de la cessation des paiements, il en résulte naturellement que les tribunaux civils et correctionnels saisis d'une contestation où ce fait se trouve impliqué, ont le droit d'en constater l'existence et d'en appliquer les effets légaux. On nous dit que nous allons à l'encontre de la volonté du législateur ; on nous rappelle à ce propos le langage tenu par le rapporteur de la loi de 1838, M. Quénault, disant à la Chambre des députés que le système du gouvernement pour constituer la faillite avait été d'exiger la cessation des paiements et « *d'en*

(1) Rapport de Tripier à la Chambre des pairs. Séance du 10 mai 1836, *Moniteur* du 12, p. 1061.

laisser l'appréciation au tribunal commercial qui, éclairé par la connaissance et l'habitude des affaires commerciales, peut prononcer avec connaissance sur cet ensemble de circonstances ». Mais on oublie de nous dire que ce passage du rapport avait trait à l'article 440 dont il donnait l'explication et les motifs et que, par conséquent, il avait seulement pour objet l'appréciation du fait particulier de la cessation des paiements au point de vue de la déclaration de faillite. Que le tribunal de commerce jouisse d'une compétence exclusive quand il s'agit de *déclarer* la faillite, c'est ce que nous ne contestons pas ; mais que les juridictions civiles ou répressives ne puissent, accessoirement aux litiges portés devant elles, *constater* la cessation des paiements et en appliquer les effets légaux, voilà ce que nous n'admettons pas.

Les tribunaux civils puisent d'ailleurs dans la *plénitude de juridiction* dont ils sont investis le droit de connaître incidemment de la cessation des paiements. On nous accuse, il est vrai, de faire un gros anachronisme en venant parler de plénitude de juridiction sous l'organisation judiciaire actuelle. Le mot, dit-on, ne se trouve pas dans nos lois et la chose qui était d'institution féodale a été abolie par le législateur de 1790. Sans doute, le principe de la plénitude de juridiction n'est pas écrit dans nos lois ; mais ce n'est pas une raison pour le repousser. « Il

» est certains principes, disent MM. Delamarre
» et Le Poitvin, deux de nos savants contradic-
» teurs, il est certains principes si universelle-
» ment reçus et tellement incontestables que le
» législateur juge quelquefois inutile de les for-
» muler en lois : par exemple, le Code civil ne
» pose pas en principe et ne définit pas le droit
» de rétention : en est-il moins un droit indu-
» bitable? »

Quant à prétendre que la plénitude de juri-
diction n'existe plus dans notre organisation judi-
ciaire, c'est une erreur. Nous ne lisons l'abolition
de ce principe dans aucune loi ; pas même dans
celles de 1790 ; nous en trouvons au contraire
l'application dans l'administration actuelle de la
justice civile et commerciale. En effet, l'article
640 du Code de commerce confère aux juges
civils le droit d'exercer les fonctions attribuées
aux juges consulaires dans les arrondissements
où il n'y a pas de tribunaux de commerce (1).
C'est donc que les tribunaux civils ont virtuelle-
ment la compétence nécessaire pour connaître
des matières dévolues aux tribunaux de com-
merce.

C'est ce que disait d'ailleurs M. Berlier au
Conseil d'État, sans que personne n'ait songé à

(1) Thaller nous apprend qu'en 1889 on comptait en France 218 tribunaux
spéciaux de commerce contre 137 tribunaux civils jugeant commercialement
(Annales de dr. comm., 1889. De l'Avenir des trib. de commerce, p. 204
et suiv.)

le contredire, lors de la discussion de la loi de 1807 sur les faillites. A propos de l'article 458 qui avait trait au rapport à faire par le juge-commissaire « *au tribunal de commerce* » sur les contestations nées de la faillite, il manifestait ses préférences pour l'expression générique de « *tribunal* » et il s'en expliquait ainsi : « L'attribution appartient au tribunal civil ordinaire, » là où il n'y a pas de tribunal de commerce : » *le premier en est investi par LE DROIT COMMUN,* » *le second ne l'est que par un établissement SPÉCIAL* » et *EXCEPTIONNEL qui n'a pas lieu partout (1)* ». Ainsi donc, de l'aveu même des rédacteurs du Code de commerce, le tribunal civil puise dans *le droit commun* le pouvoir de connaître de la faillite, tandis que le tribunal *de commerce* n'en jouit qu'en vertu d'un droit *spécial et exceptionnel* !

Ce n'est pas tout encore. L'article 644 du Code de commerce porte que les appels des jugements des tribunaux de commerce seront portés devant les Cours dans le ressort desquelles ces tribunaux sont situés. Eh quoi ! voilà des magistrats civils qui tranchent des procès commerciaux, à qui il appartient de dire le dernier mot dans les questions de faillite ! Oserait-on encore prétendre après cela que les juges civils ne connaissent que des affaires civiles, les juges consulaires que des affaires commerciales ? Mais

(1) Locré, t. XIX. Séance du Conseil d'Etat du 9 avril 1807, p. 223. \

les faits protesteraient contre pareille assertion. Ce qu'il y a de vrai, c'est que les tribunaux civils ont dans l'ordre privé une compétence générale; seulement, dans l'intérêt du commerce, le législateur a placé à côté d'eux des tribunaux spéciaux à procédure plus rapide et moins coûteuse, pour administrer la justice en matière commerciale. Ayant la *jouissance* du droit de connaître des litiges commerciaux, le juge civil doit pouvoir en reprendre l'*exercice* quand une question de ce genre s'agite devant lui, incidemment à une autre pour laquelle il est compétent. C'est en effet un axiome de droit que *le juge de l'action est juge de l'exception*. Nous ajoutons que l'intérêt du commerce qui a motivé la création de tribunaux d'exception exige ici que le juge civil retienne et tranche lui-même la question incidente; il serait évidemment moins expéditif et plus coûteux d'obliger les parties à se pourvoir devant le tribunal de commerce.

Nos adversaires prétendent que les conséquences auxquelles aboutit notre système en sont la condamnation. La faillite, disent-ils, est une, indivisible, absolue, et voilà pourquoi la loi attache au jugement du tribunal de commerce qui la déclare ou en fixe la date l'effet spécial d'opérer *erga omnes*. Or, si vous laissez aux tribunaux civils et criminels le droit de constater incidemment l'état de cessation de paiements

d'un débiteur, leurs décisions n'ayant qu'une autorité relative limitée aux personnes en cause, il arrivera que le même individu sera considéré comme failli à l'égard des créanciers qui auront été parties au procès et comme ne l'étant pas vis-à-vis des autres.

Nous pourrions nous borner à répondre tout simplement que les vices d'un principe consacré par le législateur n'autorisent pas l'interprète à le méconnaître. Mais nous voulons démontrer que les conséquences qu'on redoute ne sont pas aussi fâcheuses qu'on veut bien le dire. Il ne tient en effet qu'aux créanciers restés étrangers à l'instance civile ou criminelle de provoquer devant le tribunal de commerce la faillite de leur débiteur ; s'ils ne le font pas, c'est qu'ils ne le désirent pas. Après tout, la contradiction possible des décisions judiciaires n'est que l'effet naturel de la diversité d'appréciation à laquelle peut donner lieu le fait complexe et varié de la cessation des paiements. Qu'y a-t-il de si anormal à ce qu'un commerçant soit failli à l'égard de l'un de ses créanciers et non à l'égard des autres ? Mais ne voyons-nous pas chaque jour, sans en être offusqués, ce fait se produire par suite de l'effet restreint des jugements ? Il n'est pas même jusqu'à l'état des personnes, qui ne puisse se trouver scindé à cause de l'autorité toute relative des décisions judiciaires.

Rappelons-nous, par exemple, ce qui se passe en cas d'actions en désaveu ou en contestation de légitimité : Si l'action en désaveu est exercée par quelques-uns des héritiers du mari et qu'elle réussisse, l'enfant a légalement la condition d'un enfant adultérin ou incestueux vis-à-vis des parties en cause et il conserve la qualité d'enfant légitime vis-à-vis des autres héritiers. De même si l'action en contestation de légitimité triomphe, l'enfant a vis-à-vis des demandeurs l'état d'enfant naturel de parents inconnus ou celui d'enfant naturel né d'une femme légalement connue mais non mariée ; il reste au contraire avec sa condition d'enfant légitime, par rapport aux tiers. Il n'y a donc rien à conclure contre notre système de l'autorité relative des jugements civils. Au reste, si le jugement déclaratif de faillite opère *erga omnes*, c'est uniquement parce que son objet est d'ouvrir une procédure collective. Tout autre est le but d'un tribunal civil, lorsqu'il constate la cessation des paiements ; celui-ci n'a en vue que la solution d'un litige qui intéresse les seules parties en cause. Son jugement ayant un objet tout spécial, il est normal que ses effets soient restreints, *Cessante causa, cessat effectus*.

En ce qui concerne la juridiction criminelle, de puissantes considérations viennent encore s'ajouter aux arguments que nous venons d'in-

voquer, pour lui reconnaître le droit de constater la cessation des paiements d'un débiteur dont la faillite n'a pas été déclarée. Aussi, sur ce point de la controverse, l'opinion que nous proposons a-t-elle vu le nombre de ses défenseurs s'accroître de précieuses recrues fournies par le camp ennemi; tel M. Massé qui, battant en brèche son propre principe, prend place dans nos rangs pour combattre la thèse de la compétence exclusive des tribunaux de commerce (1). C'est qu'en effet, l'action publique est indépendante de l'action privée (art. 3 C. instr. crim.); un tribunal de répression, compétent pour juger un fait délictueux, est également compétent pour juger de tous les éléments qui le constituent (2). C'est là un principe d'ordre public et d'intérêt général qui ne reçoit exception que dans les cas où le législateur a expressément formulé une volonté contraire. Or, la loi fait-elle de la déclaration de faillite par le tribunal de commerce une question préjudicielle à la poursuite du crime ou du délit de banqueroute? Nullement. Nous trouvons un texte pour la question de filiation dans le délit de suppression d'état (art. 327 C. civ.); nous en avons un éga-

(1) Massé, t. II, p. 340. Garraud : Précis de Droit criminel, n° 422, p. 556. Fremont et Camberlin : Code pratique des liquidations et faillites, t. 2, n° 1187. Dalloz. Supplém. nos 1395 et suiv.

(2) Les articles 358, 365 et 366 du Code d'instr. crim. consacrent le principe de la plénitude de juridiction, pour couvrir l'incompétence ratione materiæ de la Cour d'assises.

lement pour les questions de propriété immobilière (C. forestier. art. 182, l. 15 avr. 1829, art. 39); mais nous n'en voyons aucun qui exige pour la répression du crime ou du délit de banqueroute un jugement déclaratif de faillite préalablement rendu par le tribunal de commerce. Ils vont donc à l'encontre des principes les mieux établis du droit pénal, ceux qui prétendent que la décision de la justice commerciale est un préalable nécessaire à l'action publique; ils subordonnent en définitive l'intérêt social à l'intérêt privé, puisque le ministère public n'existant pas près des tribunaux de commerce l'initiative de la mise en faillite n'appartient qu'aux particuliers et aux juges consulaires, juges d'intérêts privés.

Certains ont osé prétendre que la loi du 4 mars 1889, sur la liquidation judiciaire avait condamné sans appel la thèse que nous développons. « Au-
» jourd'hui, en effet, a-t-on dit, *la faillite n'est*
» *plus attachée nécessairement au fait de la cessation*
» *des paiements* : donc le tribunal civil ou correc-
» tionnel qui la prononcerait ne se bornerait
» plus à constater simplement l'existence d'un
» fait préexistant, il rendrait en réalité un véri-
» table jugement, créerait un état nouveau et
» outrepasserait les limites de sa compétence (1) »,

(1) Goirand et Pérler : Commentaire de la loi du 4 mars 1889 sur la liquidation judiciaire et la faillite, p. 45 et 46.

Franchement, si c'est là toute l'argumentation que la loi nouvelle permet de diriger contre notre théorie, nous ne sommes pas près de l'abandonner. La cessation des paiements, il est vrai, peut donner ouverture à deux régimes différents : le régime de la faillite et celui de la liquidation judiciaire. Mais aujourd'hui, comme avant la loi du 4 mars 1889, la règle est que la cessation des paiements constitue la faillite. La liquidation judiciaire au contraire est une institution de faveur, un véritable avantage, qui, comme tout avantage, ne peut être obtenu sans être demandé ; la loi n'admet en effet au bénéfice de la liquidation judiciaire que le commerçant malheureux et de bonne foi qui a présenté requête dans les quinze jours de la cessation de ses paiements. Par conséquent, tant que le débiteur n'a pas rempli cette condition, il reste sous l'empire de la loi commune, il est en état virtuel de faillite et les tribunaux civils et criminels peuvent avec autant de droit que par le passé constater cet état.

Au reste, nos adversaires sont bien mal avisés d'invoquer en leur faveur la loi du 4 mars 1889. Ne voient-ils donc pas que cette même loi a porté le dernier coup à leur système en même temps qu'elle a donné au nôtre sa consécration définitive ? Il leur suffirait pourtant, pour en être convaincus, de lire l'article 19. Voici ce que

nous en extrayons..... « Le tribunal déclare la faillite à toute période de la liquidation judiciaire : 1° Si, depuis la cessation des paiements ou dans les dix jours précédents, le débiteur a consenti l'un des actes mentionnés par les articles 446, 447, 448 et 449 du Code de commerce; mais dans le cas seulement où la nullité aura été prononcée par les tribunaux compétents ou reconnue par les parties.....; 4° Si le débiteur en état de liquidation judiciaire a été condamné pour banqueroute simple ou frauduleuse ».

Pour ne pas être obligé de reconnaître que l'article 19, alinéa 2, paragr. 1, attache les nullités des articles 446 et suivants au simple fait de la cessation des paiements, on a prétendu que le jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire opérait rétroactivement. C'est un point que nous examinerons plus loin en étudiant la question de savoir s'il existe en matière de liquidation judiciaire une période suspecte; mais, pour dire tout de suite notre pensée, nous estimons que le jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire n'a d'effet que pour l'avenir. Or, s'il en est ainsi, ne faut-il pas convenir que le premier cas de conversion obligatoire de la liquidation judiciaire en faillite constitue en notre faveur un argument décisif? En effet, la loi reconnaît qu'à toute époque de la liquidation judiciaire les actes accomplis par le débiteur en état de

cessation de paiements peuvent être annulés par application des articles 446-449; elle admet même que la nullité de ces actes existe par cela seul qu'elle est reconnue par les parties. Or, nous le déclarons et nous le prouverons, le jugement qui ouvre la liquidation judiciaire n'a pas d'effet rétroactif; ce n'est donc pas ce jugement qui entache de nullité les actes antérieurs à sa date. C'est encore moins le jugement déclaratif de faillite puisque, loin d'en être la suite, la nullité des actes du débiteur doit le précéder et le motiver. Il faut donc, de toute nécessité, conclure que la loi de 1889 a considéré la cessation des paiements comme un fait susceptible de produire des effets légaux et pouvant notamment servir de base aux nullités des articles 446 à 449 (1).

La disposition sur laquelle nous venons d'étayer notre opinion était entre nos mains une arme trop puissante pour qu'on ne cherchât pas à nous la ravir et à s'en servir contre nous. Et voici l'argument qu'on a cru y trouver : Le texte exige que la nullité des actes visés par les articles 446 et suivants soit prononcée par les *tribunaux compétents*. C'est donc qu'il y a des tribunaux incompétents pour en connaître. Or,

(1) Bailly : la loi du 4 mars 1889 sur les liquidations judiciaires. *Annales de dr. comm.* 1889, II, p. 59 et 60. Dalloz. Supplém. v^{ls} faillites et banqueroutes, n^{os} 122, 123, 370 et 1399.

la compétence du tribunal de commerce n'étant pas douteuse, les tribunaux incompetents ne peuvent être que les tribunaux civils. Voilà l'objection qu'on nous oppose. Nous avouons qu'elle ne nous touche guère. Eh oui, l'annulation des actes accomplis par un commerçant en état de cessation de paiements peut ne pas rentrer dans les attributions d'un tribunal. Nous n'avons jamais prétendu que les tribunaux civils pourraient toujours connaître de la cessation des paiements et de ses effets et notre système ne conduit pas à de pareilles conséquences; ainsi, pour ne citer qu'un exemple, le tribunal civil serait, selon nous, incompetent pour déclarer par voie principale la nullité des engagements commerciaux du débiteur. On peut donc concevoir qu'il y ait des tribunaux incompetents sans, pour cela, porter atteinte à notre théorie.

D'ailleurs les expressions de « *tribunaux compétents* » dont nos contradicteurs se prévalent, se retournent contre eux. Elles impliquent, en effet, que plusieurs tribunaux peuvent être appelés à prononcer la nullité des actes faits en temps suspect. Or, dans la théorie adverse il n'y a qu'un seul tribunal qui puisse connaître de ces nullités : celui qui a déclaré la faillite ou ouvert la liquidation judiciaire. Si donc les auteurs de la loi de 1889 avaient adopté ce dernier système, ils auraient parlé « *du tribunal compétent* » et non pas « *des tribunaux compétents* ».

Plus formelle encore est la disposition contenue dans l'alinéa 2-4° de l'article 19 que nous avons rapporté plus haut. Ce qui la caractérise, c'est qu'elle rend possible la condamnation d'un commerçant comme banqueroutier avant toute déclaration de faillite, alors que les articles 585, 586 et 591 du Code de commerce supposent le délit ou le crime accompli par « un commerçant failli. » Ainsi, de par l'article 19, non-seulement la déclaration de faillite n'est pas une question préjudicielle à l'exercice de l'action publique ; mais c'est la réussite de celle-ci qui précède et entraîne la conversion de la liquidation judiciaire en faillite. Et, remarquez-le bien, la loi cite parmi les cas de banqueroute obligatoire celui où le débiteur a, postérieurement à la cessation de ses paiements, fait un acte préjudiciable à la masse (art. 585, 4°), et, parmi les cas de banqueroute facultative, celui où le commerçant n'a pas fait connaître sa situation au greffe dans les quinze jours de la cessation de ses paiements (*article 586-4°*). Voilà donc la juridiction répressive autorisée, en vertu de l'article 19 de la loi de 1889, à déterminer la date de la cessation des paiements et à constater la nullité des actes postérieurs, avant que le tribunal de commerce n'ait eu à se prononcer, pour motiver la condamnation d'un commerçant comme banqueroutier. Le législateur ne pouvait plus nettement, ce

nous semble, faire entendre que la juridiction répressive avait le droit de constater la cessation des paiements et d'en appliquer les effets (1).

Nous dirons donc, pour conclure, avec l'un des auteurs de la loi de 1889 : « le fait seul de la cessation de paiements constitue de droit l'état de faillite. Du moment qu'il est en état de cessation de paiements, le commerçant est un failli (2) ». La faillite étant un fait, il appartient à tout tribunal d'en constater incidemment l'existence : la compétence du tribunal de commerce est normale, mais non exclusive. Et de là découle, en ce qui concerne notre sujet, cette importante conséquence que, en l'absence d'un jugement du tribunal de commerce déclarant la faillite et en fixant la date originaire, les tribunaux civils et criminels peuvent reconnaître qu'à partir de tel jour un commerçant a cessé ses paiements et en induire les effets que la loi a attachés à ce fait.

Il ne faudrait pourtant pas s'exagérer la portée de notre conclusion. Nous n'admettons les tribunaux civils et répressifs à constater l'existence de la cessation des paiements que dans les conditions mêmes où aurait pu le faire le tribunal de commerce. Nous ajoutons que, lorsqu'il y a

(1) Courtois, loc. cit. p. 137 en note. Dalloz. Supplém., *vis* faillites et banquer., n° 1399.

(2) Discours de M. Oudet au Sénat : Séance du 13 janvier 1889.

eu déclaration de faillite et fixation de la date de la cessation des paiements par le tribunal de commerce, il y a chose jugée vis-à-vis des tribunaux civils. Nous estimons au contraire que les décisions rendues sur ce point par les tribunaux consulaires et les tribunaux répressifs n'exercent aucune influence les unes sur les autres et ce, parce que la juridiction criminelle est indépendante de la juridiction civile.

Les tribunaux appelés à déterminer la date de la cessation des paiements jouissent d'un pouvoir discrétionnaire pour apprécier les faits constitutifs de cet état. Le législateur de 1807 avait indiqué les signes extérieurs auxquels le juge devait reconnaître que la vie commerciale avait pris fin. C'était, nous l'avons déjà dit, apporter une entrave injustifiée à la mission des tribunaux qui ont besoin, pour l'examen d'un fait aussi compliqué et aussi mobile que la cessation des paiements, d'être investis des pouvoirs les plus larges. Abandonnant ce système vicieux, le législateur de 1838 s'est abstenu de toute réglementation, de sorte que les tribunaux n'ont plus aujourd'hui à suivre d'autres règles que celles de leur conscience.

Souverains appréciateurs des faits constitutifs de la cessation des paiements, les juges ont aussi la liberté de reporter indéfiniment dans le passé l'époque à laquelle les paiements ont été inter-

rompus. C'est un droit considérable dont les tribunaux ne doivent user qu'avec une extrême réserve par la raison que le report est susceptible de compromettre des intérêts nombreux et de porter atteinte à des droits acquis. Nous nous réservons de donner notre opinion sur cette faculté illimitée de report ; mais nous devons reconnaître dès à présent que la façon dont les tribunaux de commerce s'en servent n'est pas, à beaucoup près, exempte de reproches. Au lieu de n'user qu'avec modération de leurs pouvoirs, en raison des perturbations que le danger du report amène dans les transactions, les juges semblent généralement portés à faire remonter à une date très reculée la cessation des paiements, de manière à faire tomber le plus d'actes possible.

SECTION II. — Des caractères du jugement qui fixe la date de cessation des paiements et du cas où aucun jugement n'a déterminé cette date.

L'ancien Code (art. 454) obligeait le tribunal à fixer l'époque de la cessation des paiements par le jugement déclaratif de faillite : mais les tribunaux s'arrogèrent le droit de modifier à leur gré, par de nouveaux jugements, l'époque primitivement fixée. Ces fixations nouvelles pri-

rent dans l'usage le nom de « *reports d'ouverture* » (1).

Avec la loi de 1838, le fait est devenu le droit : l'article 441 en effet autorise le tribunal qui prononce la faillite à n'assigner à la cessation des paiements, dans le jugement déclaratif, qu'une date provisoire ou à n'en fixer aucune, quitte à le faire par jugement ultérieur. Rien de plus juste que cette disposition : au moment où il déclare la faillite, le tribunal ne possède généralement pas les éléments d'appréciation nécessaires pour déterminer en connaissance de cause le moment exact où le commerçant a suspendu ses paiements. Ce n'est qu'après examen des livres et papiers du failli qu'il pourra former sa conviction.

Cela dit, voyons quels sont les caractères du jugement de report. Nous en détachons quatre principaux que nous allons étudier séparément.

I. — *Comme le jugement déclaratif, le jugement de report peut être rendu soit d'office, soit sur la poursuite de toute partie intéressée.*

Ainsi donc, non seulement les créanciers du failli, mais encore tous ceux qui pourraient se

(1) Les expressions : *ouverture de la faillite, report de la faillite*, se comprenaient bien sous le Code de 1807 où le dessaisissement datait du jour de la cessation des paiements (anc. art. 442). Bien qu'encore employées dans le langage usuel, elles sont inexactes depuis la loi de 1838 qui ne fait partir le dessaisissement que du jour du jugement déclaratif (art. 443).

trouver atteints par les nullités spéciales des articles 446-449 peuvent demander la fixation de la date de cessation des paiements. Et, comme pour la déclaration de faillite, il n'y a pas lieu de distinguer entre les créanciers chirographaires et les créanciers hypothécaires ou privilégiés. L'expérience a démontré que, souvent, les créanciers privilégiés ou hypothécaires ne viennent pas en rang utile pour être payés sur la chose qui leur sert de gage, ou que celle-ci ne les garantit pas intégralement. Ils ont donc intérêt à demander le report pour permettre l'exercice d'actions en rapport et par là l'augmentation de l'actif; cet intérêt, même éventuel, suffit à légitimer leur droit. De même, la faillite déclarée étant un état général qui s'applique à l'universalité des dettes et des biens du failli, il est indifférent que le demandeur à fin de report soit un créancier civil ou commercial. Enfin, il n'est pas douteux que les créanciers conditionnels soient intéressés à faire reporter la cessation des paiements à une date antérieure à celle du jugement déclaratif (1). Ajoutons que la faculté de provoquer la fixation de la date de cessation des paiements est un droit essentiellement pécuniaire, susceptible dès lors d'être exercé par les créan-

(1) Nous ne parlons pas des créanciers à terme car, par le fait même de la déclaration de faillite, ils deviennent créanciers purs et simples (art. 444, alin. 1).

ciers de toute partie intéressée, en vertu de l'article 1166 du Code civil.

C'est généralement le syndic qui, après examen de la comptabilité et de la correspondance du failli, demande au tribunal le report de la faillite ; mais tout intéressé peut individuellement prendre l'initiative de cette demande.

II. — *L'action en report de la date de cessation des paiements peut être formée par simple requête, sans mise en cause des divers intéressés.*

C'est même une voie préférable à celle de l'assignation, car elle est plus simple, plus rapide et moins coûteuse. On a dit, il est vrai, que l'emploi de ce procédé pouvait faire naître des surprises ; mais nous ne croyons pas que ces craintes soient fondées. Que le jugement de report soit rendu sur assignation ou sur simple requête, les intéressés sont toujours mis à même de le connaître et de l'attaquer, puisque la loi en prescrit la publication par voie d'affiches et d'insertions dans les journaux. En outre, les tribunaux eux-mêmes peuvent toujours prendre telles mesures qu'ils jugent utiles pour mettre les créanciers en garde contre les suites du report. C'est ainsi qu'il existe au tribunal de commerce de la Seine une excellente pratique que nous voudrions voir suivre par tous les tribunaux, ou mieux, consacrer par un texte de loi : le tri-

bunal de la Seine ordonne dans le dispositif de ses jugements qu'ils seront portés à la connaissance de chaque créancier par lettre du greffier les prévenant en même temps des conséquences du report et des délais légaux pendant lesquels ils peuvent l'attaquer (1).

III. — *Une autre particularité du jugement de report, c'est qu'il ne doit être rendu que sur le rapport du juge-commissaire.*

La loi a pensé que ce magistrat, spécialement chargé de veiller à la bonne administration de la faillite, dégagé de toutes préoccupations intéressées, était bien placé pour étudier de près la question complexe et délicate de la cessation des paiements et pour renseigner exactement le tribunal sur l'époque à laquelle elle a commencé. Malheureusement, les juges-commissaires ne se pénètrent pas assez de l'importance de leur mission. Ils se bornent le plus souvent à appuyer verbalement et aveuglément la demande de report exercée par le syndic dans le seul but d'atteindre telles ou telles transactions antérieures à la déclaration de faillite (2).

(1) Fremont et Camberlin, op. cit. n° 75. Lyon-Caen et Renault, n° 1047.

(2) Cette formalité du rapport du juge-commissaire est prescrite à peine de nullité et la preuve de son accomplissement doit résulter du jugement lui-même. Ainsi jugé par la Cour de cassation, le 11 nov. 1891 (D. P. 92, 1, 49).

IV. — *Le jugement qui fixe l'époque de la cessation des paiements a pour caractère essentiel d'être PROVISOIRE.*

Il en résulte qu'un second jugement peut modifier la date fixée par le premier, lorsque l'on découvre de nouvelles circonstances qui la font reculer dans le passé ou qui en motivent le rapprochement; et cela peut arriver plusieurs fois dans la même faillite.

Il était bon de n'attacher au jugement de report qu'une autorité provisoire, car la cessation des paiements est un fait complexe dont les éléments ne se révèlent que peu à peu et à la suite d'une investigation lente et minutieuse du passé du failli. Toutefois, la date de la cessation des paiements servant de point de départ à des effets nombreux et importants, le législateur n'a pas voulu qu'elle pût indéfiniment rester incertaine : il a assigné comme terme à toute demande de fixation nouvelle, l'expiration des délais impartis pour la vérification et l'affirmation des créances. A ce moment, les décisions qui ont fixé le jour auquel s'est arrêtée la vie commerciale du failli deviennent définitives et acquièrent l'autorité de la chose jugée, non-seulement vis-à-vis des créanciers mais encore vis-à-vis des tiers (1).

Du caractère provisoire du jugement indicatif

(1) Pau, 18 mai 1892. D. P. 93, 2, 421.

de la date de cessation de paiements naît une difficulté : lorsque le tribunal a, d'une manière définitive et sans réserves, fixé la date originaire de la faillite, a-t-il le droit de modifier d'office cette première fixation? On a prétendu que le tribunal qui avait usé sans réserves de son droit de fixation avait par là même épuisé ses pouvoirs, qu'en conséquence il ne pouvait réformer son jugement sans y être provoqué par un intéressé. On a ajouté que, le jugement de fixation ayant constitué des droits à l'égard des tiers et l'article 581 ne prévoyant la possibilité de le modifier que sur la demande des créanciers, le tribunal n'est pas fondé à agir de lui-même, lorsque ceux qui sont investis du droit d'opposition refusent d'en user. Nous ne partageons pas cette opinion. Assurément, à ne lire que l'article 441, la question pourrait paraître douteuse; cet article semble dire, en effet, que le tribunal n'est autorisé à fixer la date de la cessation des paiements par un jugement postérieur au jugement déclaratif qu'autant que ce dernier ne fixe qu'une date provisoire ou n'en contient aucune. Mais l'article 441 doit être rapproché des articles 580 et 581 : or, tant que les délais impartis par les articles 580 et 581 ne sont pas expirés, la première fixation est purement provisoire et ne constitue pour personne un droit acquis. Le tribunal conserve donc le droit de la modifier d'office sans qu'on

n'ait à se plaindre. Il ne faut pas oublier d'ailleurs qu'en matière de faillite le tribunal de commerce n'est pas une juridiction comme les autres, ne jouissant d'aucune initiative et attendant pour trancher une difficulté que les justiciables viennent la lui soumettre. Le législateur a voulu, en instituant la faillite, protéger les créanciers des commerçants et à cet effet il a conféré aux juges consulaires le pouvoir de déclarer d'office la faillite, de fixer d'office la date de cessation des paiements; pourquoi donc ne pourraient-ils pas d'office également modifier cette date ? Et non seulement nous reconnaissons que le tribunal a ce droit, mais nous estimons que s'il était saisi d'une action en réport il pourrait de sa propre initiative faire remonter la cessation de paiements au-delà de la date proposée par le demandeur (1).

Cette question résolue, une autre se présente. Le tribunal peut-il, après l'expiration des délais de vérification et d'affirmation de créances, fixer d'office le jour de la cessation des paiements ? La négative est seule conforme au texte comme à l'esprit de l'article 581. Le législateur a limité à un certain délai la recevabilité de la demande

(1) Sic Pardessus (n° 1102), 2° Bedarride, n° 68. Renouard, t. 1^{er}, p. 285, n° 3. Brav. et Demangeat, t. 5, p. 194 et 658. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n° 2637. Boistel, n° 901. Dalloz. Supplém. v^{is} faillites et banquer., n° 1373. Contra : Ruben de Couder, n° 163. Alauzet, t. VI, n° 2446. Gadrat, p. 40. Req. 1^{er} avril 1879, D. P. 79, 1, 358.

de report afin que l'instruction et le règlement des faillites ne soient pas indéfiniment arrêtés et modifiés par des fixations nouvelles. Cette raison motive aussi bien la limitation du droit du tribunal que celui des créanciers et, dès lors, il serait souverainement illogique d'appliquer deux solutions différentes pour deux cas qui sont régis par les mêmes principes.

V. — *Enfin le jugement qui fixe la date de la cessation des paiements produit effet erga omnes, comme le jugement déclaratif de faillite.*

Aussi, le législateur a-t-il édicté, pour ces deux jugements, des mesures spéciales destinées à les porter à la connaissance de tous les intéressés qui ont à s'y soumettre ou à les attaquer. Nous étudierons dans la section suivante les formalités de publicité requises par la loi.

Il peut arriver que le tribunal ait omis de fixer la date de la cessation des paiements et que les créanciers n'aient pas provoqué cette fixation. En ce cas « la cessation des paiements sera réputée avoir eu lieu à partir du jugement déclaratif de la faillite. » *Sera réputée*, nous dit la loi, c'est en effet par pure fiction que le jugement déclaratif de faillite est pris pour point de départ de la cessation des paiements. Chacun sait que, le plus souvent, la faillite d'un commerçant n'intervient que longtemps après la ces-

sation de ses paiements ; à supposer même que le débiteur dépose son bilan dans le délai de quinzaine prescrit par la loi, il s'écoulera toujours un certain temps avant que le jugement déclaratif ne soit rendu. La date de ce jugement, prise comme origine de la cessation des paiements, ne répond donc pas à la réalité des faits ; c'est bien une date fictive. Quoi qu'il en soit, le législateur a bien fait d'adopter cette solution. « Les choses ne pouvaient à cet égard rester dans le vague, dit fort justement Renouard (1). » Personne d'ailleurs ne peut se plaindre de cette fixation légale ; si elle blesse quelque droit, la faute en est aux intéressés eux-mêmes, qui pouvaient la prévenir en provoquant sur ce point une décision du tribunal ; la loi n'a pas dû se montrer plus prévoyante qu'eux.

Notre règle doit pourtant recevoir exception dans le cas de faillite d'un commerçant décédé. L'article 437 du Code de commerce n'autorise en effet la déclaration de faillite d'un commerçant décédé que lorsqu'il est mort en état de cessation de paiements. Il faut donc, de toute nécessité, quand il s'agit d'une faillite déclarée après décès, faire remonter la cessation des paiements au jour de la mort du failli. Pour consacrer législativement cette solution, M. Josson avait, au cours de la discussion à la Chambre des députés

(1) T. I, p. 286.

de la loi de 1838, proposé un amendement additionnel à l'article 441. Cet amendement fut repoussé comme inutile. Et de fait, le doute est-il possible en présence de l'article 437? Puisque ce texte exige que le failli soit mort en état de cessation de paiements, tout jugement qui déclare la faillite d'un commerçant après son décès reconnaît implicitement que sa détresse remonte au moins au jour de sa mort. Il était donc superflu de le dire par un texte spécial.

SECTION III. — De la publicité du jugement de report.

L'effet général et absolu de la détermination de la date de cessation des paiements, l'influence qu'elle exerce sur la personne, les actes et les biens du débiteur, les intérêts multiples que cette question met en jeu, ce sont là autant de puissants motifs qui devaient porter le législateur à donner au jugement de report la plus large publicité. Aussi a-t-il pensé que, si une signification par ministère d'huissier était suffisante pour les jugements ordinaires dont l'effet se restreint aux parties en cause, elle ne saurait être efficace pour le jugement indicatif de la date de cessation des paiements. Il a donc ordonné une notification publique et collective qui permît aux créanciers connus ou inconnus, présents ou absents, au failli comme aux tiers, de connaître

le jugement de report. C'est l'article 442 du Code de commerce qui organise ce mode spécial de publicité; il prescrit l'affichage et l'insertion du jugement par extraits dans les journaux tant du lieu où la faillite aura été déclarée que de tous les lieux où le failli aura des établissements commerciaux, suivant le mode établi par l'article 42 du Code de commerce. L'article 42, dont il est ici question, se réfère à la publicité des actes de Société : il a été abrogé par l'article 65 de la loi du 24 juillet 1865 sur les sociétés; mais cette abrogation n'a d'effet qu'en ce qui concerne les sociétés, que la loi de 1867 avait uniquement pour objet. Par conséquent, conformément à l'article 42, le jugement de-report doit être affiché pendant trois mois dans la salle des audiences du tribunal et inséré dans l'un des journaux des localités où la publicité est exigée (1).

Il importe de remarquer que l'article 442 ne renvoie à l'article 42 que pour le « *mode* » de publication. Il n'y a donc pas lieu de tenir compte du délai de quinzaine prescrit par ce texte pour l'accomplissement des formalités qu'il édicte, et encore moins des nullités dont il sanctionne l'inobservation de ces formalités. La loi n'a attaché au défaut de publication du jugement de

(1) A Paris, le préfet de la Seine fixe les journaux qui recevront les insertions légales. (Décret du 17 janvier 1852, art. 23) Dans les départements, l'insertion peut être faite dans tout journal qui se publie en langue française (Décr. 28 déc. 1870).

report aucune déchéance; de sorte que ce jugement, même non publié, existe et est opposable à tous dès qu'il est rendu. Si jamais un tiers se trouvait lésé par suite de l'inexécution des conditions posées à l'article 442 du Code de commerce, il n'aurait que la ressource de réclamer des dommages-intérêts contre le syndic qui devait diligenter la publication du jugement (1).

Si les formalités d'affichage et d'insertion ne touchent pas à la validité du jugement, elles ont du moins une importance considérable en ce qu'elles font courir les délais d'opposition au jugement de report (2). Il est donc du plus haut intérêt qu'un acte officiel constate que ces formalités ont été officiellement observées. Aussi, est-il généralement décidé que l'apposition des affiches doit être constatée par un procès-verbal dressé soit par un huissier, soit par le greffier qui tient un registre *ad hoc*; un simple certificat du greffier constatant l'accomplissement de cette prescription ne suffirait pas (3). Quant aux insertions dans les journaux, elles doivent être prou-

(1) Bravard (t. V, p. 61) pense que la publication du jugement incombe au greffier. Nous estimons au contraire, avec Boistel (n° 902 in fine), qu'elle rentre dans les mesures urgentes auxquelles le syndic doit procéder dès sa nomination.

(2) On a parfois prétendu que pour faire courir les délais d'opposition, il fallait en plus de l'affichage et de l'insertion la signification du jugement au failli par huissier commis. La C. de cass. a rejeté cette prétention si manifestement contraire aux termes explicites de l'art. 580 (Cass. 4 nov. 1857, Dev. Car. 58, 1, 70).

(3) Cass., 22 mai 1895. D. P. 95, 1, 384 et la note.

vées par la représentation d'un exemplaire certifié par l'imprimeur, légalisé par le maire et enregistré dans les trois mois de sa date. On s'est parfois demandé si l'insertion du jugement devait être tenue pour nulle, lorsque le journal dans lequel elle avait été faite n'avait pas été enregistré ou ne l'avait été que tardivement. La Cour de cassation, appelée à se prononcer sur cette question, l'a, avec juste raison, résolue négativement. « Le » défaut ou le retard de l'enregistrement, dit-elle, » ne peut en l'absence d'une disposition expresse » de la loi qui y ait attaché *en matière de faillite*, » la peine de nullité, faire réputer inaccomplies » et inefficaces les formalités dont parle l'article 580, ces formalités ont été remplies dans » leur objet principal, qui est la notoriété pour » tous et la publicité du jugement (1). »

Il peut arriver que le journal qui contient l'insertion soit postdaté, c'est-à-dire que la date placée en tête de chaque exemplaire soit celle du lendemain du jour où le journal paraît. Faut-il considérer l'insertion comme accomplie au moment de l'apparition du journal ou seulement au jour dont il porte la date ? C'est cette dernière solution qui doit être adoptée : la date

(1) Cass. 4 nov. 1837. D. P. 58, 1, 35. De même l'omission de la date de cessation des paiements dans l'extrait publié du jugement de faillite ou de liquidation judiciaire ne saurait faire échec aux articles 580 à 581 qui sont impératifs. (Sic Boistel, note 4, sous arrêt de cassation du 12 août 1890. D. P. 92, 1, 281).

du journal est seule assez certaine et assez régulière pour fixer le jour où l'insertion a été faite (1).

L'insertion et l'affichage peuvent avoir été accomplis à des époques différentes ; quelle sera, en ce cas, la date à partir de laquelle les délais d'opposition au jugement de report auront commencé à courir ? C'est, à coup sûr, celle à compter de laquelle aura été remplie la seconde des deux mesures de publicité. La loi prend pour point de départ des délais d'opposition le jour où le jugement a été publié ; or, cette publicité se compose à la fois de l'insertion et de l'affichage et non pas seulement de l'une de ces formalités. C'est donc uniquement du jour où le jugement a reçu une publicité complète que doivent courir les délais accordés aux intéressés pour en demander la réformation.

Les conditions de publicité nous étant connues, il reste à savoir si tous les jugements relatifs à la fixation de la date de cessation des paiements y sont soumis. Il est d'abord évident que le premier jugement qui a prononcé le report est assujéti à l'affichage et à l'insertion dans les journaux. Il n'est pas davantage contesté que le jugement qui maintient la date primitivement

(1) Bordeaux. 20 nov. 1866. D. P. 68, 2, 21. Il faudrait, à notre avis, en décider autrement si le journal postdaté avait été enregistré le jour de sa publication

fixée par le tribunal ne nécessite pas l'accomplissement de ces formalités. Mais que faut-il décider pour un jugement qui rectifierait la date indiquée par un jugement précédent? Nous pensons que ce jugement tomberait sous l'application de l'article 442 et devrait par conséquent être publié par affiches et insertions dans les journaux. La différence qu'on a parfois prétendu faire entre le premier jugement de report et un jugement rectificatif ne s'explique pas. Le jugement qui modifie la date de la cessation des paiements peut porter atteinte à des intérêts considérables qui n'ont jamais été représentés dans la faillite; il peut, par exemple, préjudicier à un tiers dont le contrat, antérieur de plus de dix jours à la date primitivement indiquée, se trouve, par le fait de la nouvelle fixation, placé en temps suspect. Ce tiers peut assurément former opposition au dernier jugement; l'article 580 lui en confère le droit. Il faut donc nécessairement que ce jugement soit publié dans les formes légales pour qu'il le connaisse et qu'il soit mis en demeure de l'attaquer dans les délais prescrits.

Le jugement de report, étant essentiellement provisoire, est susceptible de réformation. Par quels moyens et dans quelles conditions pourrait-il être attaqué? C'est ce que nous allons examiner.

SECTION IV. — Des voies de recours ouvertes contre le jugement qui fixe la date de cessation des paiements.

Le législateur n'a consacré à cette importante matière qu'un très court chapitre, le chapitre onzième, composé de quatre articles (art. 580-583). C'est donc dans les principes du droit commun que nous devons puiser la solution des questions qu'il n'a pas réglées.

Deux moyens sont expressément mis par le Code de commerce à la disposition des intéressés pour faire rétracter les jugements de report : ce sont l'*opposition* et l'*appel*. Mais il est permis de se demander si, à côté de ces voies de recours *ordinaires*, il n'existe pas deux autres moyens *extraordinaires*, susceptibles d'être utilement employés pour mettre à néant le jugement dont nous nous occupons; nous voulons parler de la *cassation* et de la *tierce opposition*. Nous nous trouvons donc amené à traiter successivement de l'opposition, de l'appel, de la cassation et de la tierce-opposition.

I. OPPOSITION

Pour être complet sur cette première voie de recours, nous aurons à résoudre les quatre questions suivantes : 1° quels sont les caractères et les formes de l'opposition? 2° quelles sont les décisions qui peuvent être frappées d'opposition?

3° à quelles personnes appartient le droit d'opposition? 4° dans quels délais doit-il être exercé?

Abordons successivement l'étude de ces quatre questions :

I. Caractères et formes de l'opposition.

L'opposition au jugement déclaratif ou de report ressemble par plus d'un côté à l'opposition ordinaire. De droit commun, l'opposition est un mode de réformation des jugements rendus par défaut. Or, les jugements contre lesquels la loi des faillites admet l'opposition rentrent bien dans cette catégorie. Il est évident, en effet, qu'opérant à l'égard de tous, ils sont toujours rendus en l'absence de plusieurs intéressés. Le droit commun reçoit encore son application en matière de faillite en ce que la partie qui fait défaut sur son opposition ne peut plus former une nouvelle opposition. Enfin la similitude se complète en ce que, comme pour les jugements ordinaires, les non présents seuls peuvent former opposition au jugement qui déclare la faillite ou qui en fixe la date.

Mais, à part ces quelques points de contact, il existe entre l'opposition ordinaire et celle dont sont susceptibles les décisions relatives à la faillite, des différences nombreuses et importantes.

Tout d'abord, quand la faillite ou le report

est prononcé d'office, aucune partie n'est présente à l'instance. Au contraire, dans les jugements de défaut, il y a toujours au moins une partie présente ou représentée, celle au profit de qui le défaut est prononcé.

En second lieu, le droit commun n'admet à former opposition que les parties en cause, tandis que la loi des faillites ouvre cette voie à *toutes parties intéressées*, même à celles qui n'ont pas été appelées au jugement. Au regard de ces dernières, le droit d'opposition correspond donc plutôt à la tierce opposition du Code de procédure civile.

L'opposition aux jugements rendus en matière de faillite a un troisième caractère qui lui est propre : elle profite ou préjudicie à tout le monde. Le créancier qui la forme en temps utile est censé agir au profit de tous les intéressés dont les droits sont par là conservés. Il en est tout autrement de l'opposition ordinaire ; celui qui y a recours agit dans son intérêt personnel et le jugement qui en est la conséquence n'a qu'une autorité relative, limitée aux parties en cause.

L'opposition des articles 580 et 581 du Code de commerce diffère encore de l'opposition ordinaire au point de vue des délais dans lesquels elle doit être formée. Dans la procédure ordinaire l'opposition est recevable jusqu'à l'exécution du jugement ou pendant la huitaine à compter

de la signification. Rien de pareil en matière de faillites : les délais d'opposition ont alors pour point de départ non pas une signification individuelle faite par huissier aux intéressés, mais une notification collective consistant dans l'affichage du jugement et son insertion dans les journaux. Quant aux délais eux-mêmes ils ne sont pas fixés d'une façon uniforme. Ils ont, suivant la qualité des opposants, soit une durée fixe de huit jours ou d'un mois, soit une durée variable qui expire avec la vérification et l'affirmation des créances.

Enfin, l'opposition dont nous nous occupons s'écarte encore du droit commun par la forme dans laquelle elle doit être exercée. En règle générale, l'opposition se forme par un acte d'huissier qui doit être délivré à la requête de chacun des défaillants à chacune des parties en cause. La règle est différente quand il s'agit d'une opposition à un jugement déclaratif ou de report. Il faut, en ce cas, distinguer suivant que l'opposition est formée par le syndic ou par un autre intéressé. Si l'opposition est faite par le syndic, ou le jugement de défaut a été rendu sur la poursuite d'une personne déterminée et alors l'opposition devra être signifiée à cette personne ; ou le jugement a été rendu d'office, et alors le syndic devra procéder sous forme de requête. Si, au contraire, l'opposition émane du

failli ou de toute autre partie intéressée, elle devra être exercée par acte signifié au syndic qui représente la masse des créanciers. L'opposition uniquement notifiée au créancier à la requête duquel aurait été rendu le jugement qui en est frappé serait entachée de nullité (1). Toutefois, nous estimons que ce créancier devrait être personnellement appelé au procès en même temps que le syndic. Puisqu'il avait requis le report, c'est qu'il avait des intérêts spéciaux à sauvegarder, intérêts que le syndic ne pourrait défendre, soit parce qu'il ne les connaît pas, soit parce qu'ils sont contraires à ceux de la masse dont il est le représentant. La mise en cause de ce créancier est donc nécessaire pour lui permettre de justifier la fixation qu'il avait demandée et de fournir aux juges des renseignements que le syndic ne possède pas (2).

II. — *Décisions susceptibles d'opposition.*

L'article 580 dispose que « le jugement déclaratif de la faillite et celui qui fixera à une date antérieure l'époque de la cessation des paiements seront susceptibles d'opposition ». Cette disposition ne doit pas seulement s'appliquer au juge-

(1) Dalloz, *v^{ie} faill. et banquer.* Répert. n° 1337. Supplém. n° 1343. Brav. et Demang. t. V, p. 649. Ruben de Couder, n° 1122. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n° 2624 et la note. Contra Agen, 4 juill. 1851, D. P. 51, 2. 230.

(2) Sic Bravard et Demangeat, t. V, p. 649. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n° 2619. Contra Ruben de Couder, n° 1123. Comp. Dalloz, supplém. *v^{ie} faill. et banquer.*, n° 1343.

ment déclaratif et au jugement subséquent portant fixation de l'époque de la cessation des paiements; elle régit encore tous les jugements successifs rendus sur le même objet. Toutefois, à l'égard de ces derniers, il importe de distinguer, ainsi que nous avons déjà eu occasion de le dire, entre ceux qui maintiennent et ceux qui rectifient la date de la cessation des paiements antérieurement fixée. Il est hors de conteste que les jugements qui contiennent une fixation nouvelle peuvent être frappés d'opposition. Mais il n'en saurait être de même des jugements qui confirment purement et simplement la décision critiquée; ceux-là ne blessent aucun droit puisqu'ils se bornent à maintenir l'état de choses existant au moment où ils sont rendus. L'article 580 dit fort explicitement que c'est le jugement qui fixe la date de la cessation des paiements qui est susceptible d'opposition: or le jugement qui ratifie un précédent jugement ne contient aucune fixation. Ce n'est donc pas contre ce jugement qu'une opposition pourra être formée: mais seulement contre la décision antérieure et dans les délais qui lui sont applicables.

III. — *Des personnes ayant qualité pour former opposition au jugement de report.*

Attachant au jugement de report une autorité générale et absolue, la loi devait accorder à tous

ceux dont les droits pouvaient se trouver lésés, le moyen de le critiquer et d'en poursuivre la réformation. C'est pourquoi, s'écartant de la procédure ordinaire, elle admet à former opposition non seulement le failli, mais aussi « *toute autre partie intéressée* ».

L'opposition du failli est recevable quand elle tend à faire fixer l'époque de la cessation des paiements à une date postérieure à celle déterminée par le jugement attaqué. Le failli a intérêt à diminuer le temps suspect pendant lequel ses actes sont couverts d'une présomption de fraude; ne serait-ce que pour échapper à la possibilité d'une déclaration de banqueroute. Il est au contraire sans qualité pour faire reporter la cessation des paiements à une date antérieure à celle précédemment fixée, dans le but d'exercer les actions en nullité des articles 446 et suivants. L'explication de cette différence est rationnelle. Les actions en rapport ne sont données qu'à la masse et à son profit; le failli ne peut les exercer ni en bénéficier. Les actes qu'il a pu accomplir après la cessation de ses paiements demeurent, quant à lui, parfaitement valables. Il n'a donc aucun intérêt et partant aucun droit à faire reculer les limites de la période suspecte. Il en résulte notamment que si le failli obtient son concordat durant l'instance d'appel d'un jugement de report rendu conformément à la demande

du syndic, il ne peut, en prenant les lieu et place du syndic, continuer l'instance en son nom pour conclure à la confirmation du jugement frappé d'appel. Ce jugement est pour lui sans intérêt puisqu'il n'est pas fondé à se prévaloir des nullités qui pourraient en découler (1).

Le droit qui appartient au failli de former opposition au jugement de report pourrait être exercé, sous les mêmes conditions, par ses héritiers en cas de faillite après décès. La loi ne le dit pas ; mais cette solution résulte nécessairement de ce que les héritiers succèdent à tous les droits et actions du « de cujus ». Rappelons toutefois que les héritiers ne pourraient prétendre faire fixer la cessation des paiements à une date plus rapprochée que celle du décès du failli. S'ils estimaient que la détresse du failli a suivi sa mort, ce n'est pas le report qu'ils devraient contester ; mais bien la déclaration de faillite qui, aux termes de l'art. 437 C. com., ne peut être faite que dans le cas où le défunt est mort en état de cessation de paiements.

En dehors du failli, le droit d'opposition appartient encore, nous dit l'article 580, à toute autre partie intéressée. Au premier rang des personnes intéressées, nous rencontrons les créanciers ; leurs efforts doivent tendre à faire remonter la faillite à une date plus éloignée que celle

(1) Poitiers, 19 nov. 1851. D. P. 57, 1, 453.

déterminée par le tribunal, de façon à pouvoir atteindre tous les actes consentis par le failli à leur préjudice et à augmenter le plus possible l'actif de la faillite. Il y a une seconde classe d'individus intéressés à provoquer la réformation du jugement de report ; ce sont les tiers qui ont traité avec le failli antérieurement à sa mise en faillite et qui, par l'effet de ce jugement, se trouvent exposés à voir leurs actes annulés. L'opposition leur est utile pour faire fixer l'époque de la cessation des paiements à une date postérieure à celle des conventions passées avec le failli de manière à échapper aux nullités édictées par les articles 446-449 du Code de commerce. Aux uns comme aux autres, les articles 580 et 581 accordent la faculté d'attaquer *individuellement* le report. Ainsi, non seulement les syndics peuvent former opposition dans l'intérêt de la masse, mais chacun des créanciers a le droit de poursuivre en son nom privé et personnel la réformation du jugement de report. Il n'est pas douteux que cette faculté d'agir individuellement appartienne aux créanciers hypothécaires ou privilégiés qui sont comme en dehors de la faillite et dont les intérêts, contrairement à ceux de la masse, résident tout entiers dans le maintien de leur hypothèque ou de leur privilège ; mais elle appartient même aux créanciers chiro-

graphaires (1). Ces derniers ont le droit d'attaquer individuellement le jugement de report rendu sur la demande des syndics ou contre eux et ils peuvent exercer l'action en report, même après le rejet de celle intentée par le syndic. Les créanciers ne sont pas représentés par le syndic quand il s'agit du droit que leur confèrent les articles 580 et 581 ; par suite, ils ont toujours qualité pour intervenir personnellement dans les instances en report introduites par le syndic.

L'opposition au jugement de report pourrait même être formée par un créancier *apparent* du failli, car ce droit existe dès qu'on a un titre de créance, bien que ce titre n'ait pas été vérifié et soit susceptible de contestation.

Si général que soit le droit d'opposition, on peut cependant concevoir deux cas où il ne devrait pas être accueilli. Tout d'abord, l'opposition serait irrecevable si elle émanait d'un créancier qui a été partie au jugement qu'il prétend attaquer ; à son égard, en effet, le jugement a été rendu contradictoirement et, en matière de faillite comme en matière ordinaire, l'opposition n'est pas admissible contre les décisions contradictoires ; l'appel est en ce cas la seule voie de recours qui puisse être suivie. L'opposition devrait encore être rejetée si elle était formée

(1) Lyon-Caen et Renault, t. 2, nos 2616, 2628, note 4, 2629. Bravard et Demangeat, t. V, p. 658. Civ. 15 mai 1854. (D. P. 51, 1, 205). Cass. 30 janv. 67 (D. P. 67, 1, 70). Toulouse, 31 janv. (D. P. 94, 2, 22).

par un créancier qui a acquiescé expressément ou tacitement au jugement de report. Toutefois, un acquiescement tacite se conçoit difficilement, car la participation d'un créancier aux opérations de la faillite ne suppose de sa part aucune approbation, même indirecte, à la fixation faite par le tribunal.

IV. — Des délais dans lesquels l'opposition doit être formée.

L'article 580 reçoit l'opposition du failli dans la huitaine et celle des autres intéressés dans le mois, à compter du jour où les formalités de publicité du jugement ont été accomplies. Le délai de huitaine imparti au failli pour formuler son opposition est également obligatoire pour ses héritiers agissant en cette qualité et au nom de la succession. C'est aussi pendant ce laps de temps que devrait être formée toute opposition fondée sur des moyens personnels au failli, même si elle émanait de tiers intéressés. Si la loi a élevé pour ces derniers à un mois le délai d'opposition, ce n'est évidemment que pour autant qu'ils étaièrent leur opposition sur des moyens à eux propres. On ne s'expliquerait pas, sans cela, la différence qu'elle a faite entre le failli et les autres intéressés. Il importe d'ajouter que ces délais de huitaine et d'un mois sont de rigueur et ne

peuvent être augmentés à raison des distances. La loi a prescrit pour tous les intéressés, quels qu'ils soient, un délai uniforme d'un mois, sans distinguer entre les intéressés présents et les absents, entre ceux domiciliés en France et ceux résidant à l'étranger. La nécessité de ne pas laisser indéfiniment en suspens l'état de faillite et la position des créanciers commandait de modifier sur ce point le droit commun.

Si l'article 580 était le seul texte qui réglât le droit d'opposition au jugement de report, il n'y aurait aucune difficulté à admettre les créanciers à l'exercer dans le délai d'un mois, puisque ce délai est accordé à tous intéressés et que les créanciers sont des intéressés au premier chef. Mais, malheureusement, il y a encore l'article 581 qui contient sur le même objet une disposition dont la conciliation avec le texte précédent ne laisse pas que de soulever de très grosses difficultés. L'article 581 statue en ces termes : « Aucune demande des créanciers tendant à faire fixer la date de la cessation des paiements à une époque autre que celle qui résulterait du jugement déclaratif de faillite ou d'un jugement postérieur ne sera recevable après l'expiration des délais pour la vérification et l'affirmation des créances. Ces délais expirés, l'époque de la cessation des paiements demeurera irrévocablement déterminée à l'égard des créan-

» ciers ». De la combinaison des articles 580 et 581, il résulte que la loi a établi un double délai d'opposition : un délai fixe d'un mois pour tous les intéressés et un délai mobile, qui expire à la fin de la procédure de vérification, *pour les créanciers seulement*. L'existence de ce double délai rend délicate la question de savoir quel est celui qu'il faut assigner au droit d'opposition des créanciers. La difficulté naît de ce que l'article 580 visant d'une façon générale toute partie intéressée comprend par là même les créanciers parmi ceux à qui il impartit un délai d'un mois, tandis que l'article 581 prescrit pour eux un délai différent s'éteignant avec la vérification et l'affirmation des créances. Quelle est donc la véritable durée de leur droit d'opposition.

Trois solutions principales ont été proposées sur cette question.

Une première opinion applique distributivement l'article 580 aux intéressés autres que les créanciers et l'article 581 aux seuls créanciers. Elle soutient que le législateur a, dans l'article 580, disposé à l'égard de tous les intéressés sans considérer leurs qualités ; mais que, dérogeant à cette disposition générale dans l'article 581, il a spécialement et exclusivement statué en faveur des créanciers. Il résulterait donc, de ce système, que les créanciers ont toujours et seulement le droit de former opposition jusqu'à la clôture des opé-

ractions de vérification et d'affirmation de créances, que le délai d'un mois soit ou non expiré (1). Cette opinion, disent ses partisans, se justifie rationnellement. Il est juste de ne frapper de forclusion le droit d'opposition des créanciers qu'après l'achèvement de la vérification des créances, car, pour engager leur action, les créanciers doivent connaître le passé du failli, les traites qu'il a souscrites, les opérations auxquelles il s'est livré, et c'est précisément la production, et l'examen des titres qui les renseigneront sur ces différents points. Il serait donc absolument inique de les priver de leur droit d'opposition après un mois, si les opérations de vérification des créances n'étaient pas terminées; de même qu'il y aurait parfaite inutilité à leur accorder délai jusqu'à la fin du mois, si la procédure préparatoire était achevée plus tôt.

Cette solution radicale aurait l'avantage de faire cesser la contradiction qui paraît exister entre l'article 581 et le précédent; mais les termes généraux et absolus de l'article 580 nous empêchent de l'adopter. Elle considère comme inapplicable aux créanciers l'article 580 alors que cet article vise *toute partie intéressée*, par conséquent les créanciers. Il est donc impossible de ne pas tenir compte de ce texte.

(1) Massé, n° 1158.

Les deux autres systèmes ont ce trait commun qu'ils laissent à l'article 580 toute son utilité; mais ils se séparent sur la date extrême après laquelle l'opposition des créanciers ne doit plus être reçue : l'un prétend que l'article 581 a pour effet de *restreindre*, dans certains cas, au détriment des créanciers, le délai d'un mois prescrit pour l'exercice du droit d'opposition ; l'autre décide au contraire que l'article 581 *allonge* ce délai en leur faveur.

D'après les partisans du système restrictif, l'article 580 fixe, pour les créanciers comme pour les tiers, un délai maximum qui ne peut être dépassé; mais qui, à l'égard des créanciers seulement, est susceptible d'abréviation (1). Quand se produira cet abaissement de délai ? Dans le cas spécial où les opérations de vérification et d'affirmation seront terminées avant l'expiration du mois, car l'article 581 dispose qu'à partir de ce moment, aucune demande des créanciers tendant à faire changer la date de la cessation des paiements ne sera recevable. Ce système s'appuie sur les travaux préparatoires de l'article 581 que nous allons rapporter sommairement. Le projet présenté au Gouvernement en 1834 réglait par deux dispositions spéciales l'opposition au jugement déclaratif de la faillite et celle ouverte

(1) Renouard, t. II, p. 391 et suiv. sur l'art. 581, n° 3. C'était aussi l'opinion soutenue par M. Bravard en son Manuel, p. 690 et 691. Comp. Ruben de Couder, n° 1114.

contre le jugement de report. Contre le premier de ces jugements, il accordait huitaine au failli et un mois à toute autre partie intéressée pour former opposition ; contre le second, il permettait de recourir par voie d'opposition jusqu'après la formation du concordat ou après le mois qui suivrait la nomination des syndics définitifs. Le projet réservait aux tiers le droit de tierce-opposition. La Chambre des députés, dans la séance du 24 février 1835, adopta sans modification le texte relatif à l'opposition exercée contre le jugement déclaratif. En ce qui concerne les demandes tendant à faire changer la fixation de l'époque de la cessation des paiements, elle vota un amendement de M. Wustemberg, appuyé par la Commission, qui rendait ces demandes irrecevables après l'expiration des délais pour la vérification et l'affirmation des créances. Sur la proposition de la première Commission de la Chambre des pairs et sans qu'on ait pris soin de s'en expliquer, il fut décidé que les délais de huitaine et d'un mois accordés au failli et à tout intéressé pour attaquer le jugement déclaratif de faillite s'appliqueraient également au jugement fixant l'époque de la cessation des paiements. Le second projet du gouvernement maintenait le premier texte tel que l'avait modifié la Chambre des pairs et faisait disparaître dans le second toute mention spéciale ayant pour effet

d'en restreindre l'application *aux créanciers* ; il supprimait aussi le droit de tierce-opposition. Sans aucun doute, si cette rédaction avait été reproduite dans la loi, comme les articles 580 et 581 s'appliqueraient à tous les intéressés et que le premier fixerait pour eux un délai d'un mois, il faudrait dire que le second a abrégé ce délai pour le cas où la procédure de vérification et d'affirmation de créances serait terminée avant l'expiration du mois ; en d'autres termes on devrait décider que l'article 580 a posé la règle générale et que l'article 581 y a introduit une restriction. Mais la seconde Commission de la Chambre des pairs, au lieu de conserver dans l'article 581 ces mots absolus : *aucune demande*, en a circonscrit la portée en disant : *aucune demande des créanciers*. Ce sont également les seuls créanciers qu'elle a voulu mentionner à la fin de l'article. C'est cette rédaction ainsi amendée qui est passée dans la loi. De tout cela faut-il conclure que le législateur a voulu faire de l'article 581 la seule règle applicable aux créanciers ? « Evidemment non, dit Renouard..... L'inten-
» tion de la Commission a été beaucoup plus
» simple et est aisée à comprendre. On avait
» refusé aux tiers non créanciers le droit de
» tierce-opposition. Etrangers à la faillite et aux
» vérifications de créances, ils ne devaient pas
» voir le sort de leur action dépendre de la durée

» incertaine d'opérations auxquelles ils ne parti-
» cipent pas. S'il importe de fixer le sort de
» la masse, il importe aussi de fixer la condi-
» tion des tiers : un délai déterminé, invariable,
» tel que celui de l'art. 580 devait seul créer
» contre eux une foreclusion. Quant aux créan-
» ciers, les opérations de la vérification les ont
» suffisamment avertis de leurs droits : s'ils la
» laissent accomplir sans rompre le silence, ils
» ne pourront imputer qu'à eux-mêmes la dé-
» chéance où leur incurie les entraîne... (1) ».

Bien que les travaux préparatoires paraissent favorables à ce second système, nous estimons que la pensée du législateur ne s'en dégage pas avec assez de netteté pour qu'on puisse prétendre que, par l'art. 581, il ait entendu restreindre, pour les créanciers, les délais d'opposition. L'interprétation restrictive donnée à cet article est d'ailleurs contraire à l'esprit général de la loi des faillites, qui, cherchant avant tout à protéger les créanciers et à établir entre eux l'égalité la plus complète, devait par conséquent leur donner toute facilité pour faire remonter la cessation des paiements à sa véritable date et arriver ainsi à l'annulation des actes frauduleux du failli. A un autre point de vue, ce système créerait une grande anomalie car, dans le cas où les délais de vérification et d'affirmation de

(1) Renouard, t. II, p. 394.

créances expireraient avant l'achèvement du mois, les créanciers ne pourraient plus attaquer le jugement de report alors qu'en vertu de l'article 580, ils seraient encore en droit de former opposition au jugement déclaratif.

Le troisième système, auquel se sont ralliés la jurisprudence et d'éminents jurisconsultes, décide au contraire que le délai d'un mois prescrit par l'article 580 est un *minimum* et que les créanciers peuvent toujours, nonobstant l'expiration de ce délai, user de leur droit d'opposition jusqu'à l'achèvement de la procédure préparatoire (1). Le législateur a accordé aux créanciers, pour se pourvoir, un double délai : un délai fixe d'un mois et un délai variable qui expire avec la clôture des opérations de vérification et d'affirmation de créances. Le plus long de ces deux délais doit leur être seul applicable : ainsi, aux termes de l'article 580, ils jouiront du droit d'opposition jusqu'à la fin du mois, bien que la vérification des créances ait été terminée plus tôt ; aux termes de l'article 581 au contraire, il leur sera loisible d'introduire leur action en report, soit sous la forme d'une opposition, soit par voie de demande principale, même après le délai d'un mois, si la procédure de la vérification dure encore.

(1) Alauzet, t. VI (2^e partie) n° 2856. Bravard et Demangeat, t. V, p. 654. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n° 2634. Boistel, n° 940. Conf. Dalloz, supplém. v^{ie} faillites et banqueroutes, n° 1369.

C'est à cette dernière solution que nous accordons nos préférences. Nous ne pouvons nous résoudre à croire, comme les partisans du second système, que le législateur ait entendu raccourcir, au détriment des créanciers, les délais d'opposition. La faillite a été instituée spécialement pour sauvegarder les droits des créanciers, mis en péril par la débâcle de leur débiteur; c'est uniquement en leur faveur que les actes accomplis par le failli après la date de la cessation des paiements sont frappés de nullité; pourquoi dès lors aurait-elle abrégé pour les créanciers les délais qu'elle octroie à ceux qui sont beaucoup moins intéressés qu'eux dans la question du report? Au reste, si nous inclinons pour le système suivi par la jurisprudence, ce n'est pas à dire qu'il nous donne pleine satisfaction; il se concilie difficilement avec l'article 581 qui dispose en termes absolus que, dans aucun cas, les créanciers ne peuvent se pourvoir après les délais de vérification et d'affirmation de créances. Mais lorsque deux textes d'une même loi sont inconciliables, la logique veut qu'on les interprète selon l'esprit général de la loi; or, à ce point de vue, notre solution s'impose.

Quelle que soit la théorie que l'on adopte, il est évident que l'article 581 ne s'applique qu'aux syndics ou aux créanciers agissant dans l'intérêt

de la masse. Lorsqu'un créancier exerce son droit d'opposition dans son intérêt personnel, pour sauvegarder des droits propres opposés à ceux de la faillite, il n'agit pas en sa qualité de créancier puisqu'à ce titre ses intérêts sont liés à ceux de la faillite dont il lui importe d'augmenter l'actif; sa position est alors celle d'un tiers qui lutte pour le [maintien de droits acquis avant la faillite et que le jugement de report menace de compromettre. Par conséquent, lorsque le créancier agit dans un intérêt contraire à celui de la masse, son action est soumise au seul délai d'un mois fixé par l'art. 580 pour les parties intéressées. « La différence entre les deux » situations, dit la Cour de Toulouse, explique » celle des délais auxquels l'action est soumise; » en effet, pour les créanciers composant la » masse et n'ayant pas d'intérêt distinct, l'affir- » mation et la vérification des créances seraient » le seul moyen de se renseigner sur les causes » et la véritable date de la cessation de paie- » ments, tandis que le créancier ayant des inté- » rêts propres dont il connaît l'étendue est en » mesure de les faire valoir dès que le jugement » fixant l'époque de l'ouverture de la faillite a » reçu la publicité prescrite par la loi (1) ».

De ce principe que l'article 581 ne s'applique

(1) Dalloz, supplém. v^{ls} faill. et banquer., n° 1370, en note : Toulouse, 17 nov. 1881.

qu'aux créanciers agissant dans l'intérêt de la masse, il résulte que les créanciers hypothécaires et privilégiés n'auront que le délai d'un mois de l'article 580 quand ils défendront contre la masse leurs droits de préférence que le jugement de report aurait pour effet de détruire (1).

La disposition de l'article 581 n'est vraiment pas heureuse. Nous venons de voir combien il est difficile de l'accorder avec l'article précédent et voici qu'une autre difficulté se présente. En effet cet article frappe de déchéance l'opposition formée par les créanciers « après l'expiration des » délais pour la vérification et l'affirmation des » créances ». Or, comment doivent se calculer ces délais dans leur relation avec l'action en report de l'article 581? C'est ce que le législateur aurait bien fait de nous dire.

L'article 493 C. com. nous fixe sur le point de départ des délais de vérification; la vérification, prescrit-il, doit être commencée dans les trois jours de l'expiration des délais de production particuliers aux créanciers domiciliés en France, c'est-à-dire trois jours après le délai ordinaire de 20 jours (492, al. 1) augmenté d'un

(1) Ruben de Couder, § n° 1115. Bedarride, n° 1491. Alauzet, t. VI, n° 1490. Bravard et Demangeat, t. V, n° 656. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n° 2633. Boistel, n° 940.

Req. 13 mai 1885. D. P. 86, 1, 136. Chambéry, 27 nov. 1894. D. P. 95, 2, 467.

Il s'agissait, dans cette dernière espèce, d'un créancier hypothécaire d'une personne en état de liquidation judiciaire.

jour par cinq myriamètres pour les créanciers domiciliés hors du lieu ou siège le tribunal. Mais s'il y a un texte qui précise le *dies a quo* de l'époque de la vérification des créances, il n'en existe aucun pour nous faire connaître le *dies ad quem*. De là des difficultés.

Toutes les créances ne sont pas vérifiées et affirmées en même temps; il peut s'écouler entre les diverses vérifications un intervalle plus ou moins long. Il est permis dès lors de se demander si l'article 581 a entendu forclore le droit d'opposition après chaque vérification individuelle ou seulement après la clôture définitive de toutes les opérations de vérification. Pour nous, nous n'hésitons pas à adopter la seconde solution. L'article 581 se réfère à la procédure de vérification dans son ensemble; les termes généraux dans lesquels il est conçu ne peuvent s'entendre que d'une vérification embrassant toutes les créances produites. « Aucune action des créanciers, dit cet article, ne sera recevable après l'expiration des délais pour la vérification et l'affirmation des créances. » Il ne saurait donc s'agir que d'une date unique, celle qui marque l'achèvement des opérations de vérification. Jusque-là les créanciers ne sont pas en mesure de connaître le moment précis auquel leur débiteur a cessé ses paiements. Au surplus, il serait souverainement illogique d'im-

partir aux créanciers qui ont été les plus diligents à produire et faire vérifier leurs titres un délai plus court pour se pourvoir qu'aux créanciers retardataires.

La question s'est posée de savoir si les délais de vérification, dans le sens de l'article 581 du Code de commerce, expiraient par le fait même de la dernière vérification de créances ou si, au contraire, il était nécessaire que le juge-commissaire déclarât la clôture définitive des opérations en son procès-verbal? La Cour de cassation, par arrêt du 10 décembre 1890 (1), s'est prononcée dans ce dernier sens et elle a bien fait. L'article 581 édicte contre les créanciers une déchéance pour le cas où ils laisseraient passer les délais de vérification et d'affirmation sans agir; il faut donc bien leur donner le moyen de savoir s'ils sont encore dans les délais utiles pour demander le report. L'article 493 contient ce moyen. Il charge le juge-commissaire de dresser procès-verbal des créances vérifiées. « Or, dit très bien l'annota-
» teur de l'arrêt de 1890, tout procès-verbal por-
» tant sur des opérations complexes et d'une
» certaine durée, doit être clos. *Une déclaration de*
» *clôture*, faite soit aussitôt après la dernière
» vérification, soit dans une séance où les opé-
» rations ont été renvoyées pour être continuées

(1) D. P. 1891, 4, 257 et la note.

» selon les prescriptions de l'article 493, mar-
» quera donc le terme légal de la période de
» temps, improprement appelée délais de vérifi-
» cation, qui aura été employée ».

L'effet important que, d'accord avec les tribunaux, nous attachons à la déclaration de clôture définitive, a soulevé une grave question que nous nous contenterons de citer : le juge-commissaire peut-il suspendre le cours ou la clôture définitive de la vérification, soit par une ordonnance de sursis, soit par une déclaration de clôture provisoire? Nous nous prononçons résolument pour la négative. La volonté du législateur de n'admettre aucun sursis, s'est très nettement manifestée dans les articles 499 et 500 qui visent le cas où des créances soumises à la vérification sont l'objet de contestations. Ces articles autorisent les tribunaux saisis de litige à décider « qu'il sera sursis ou passé outre à la convocation de l'assemblée *pour la formation du concordat*. Ainsi qu'on le voit, la loi a eu soin de préciser que le sursis n'était possible que pour les opérations du concordat, c'est donc qu'il ne l'est pas pour les opérations de vérification. Le juge-commissaire n'a donc pas à se préoccuper des créances contestées; c'est la vérification de la dernière créance non contestée qui doit marquer la clôture de son procès-verbal (1) ».

(1) *Contra* Cassation, arrêt précité. Req. 1^{er} avr. 1879. D. P. 79, 1, 352.

Quant aux délais d'affirmation, ils doivent être de huitaine à compter de la *déclaration de clôture définitive* de la vérification des créances (art. 497 C. com.). Et ce délai de huitaine profite à tous les créanciers, encore même que le dernier créancier admis n'en aurait pas usé.

« Il est indifférent, dit un arrêt de rejet de » la Chambre civile du 6 mai 1860 (1), quant » au délai d'affirmation, que le dernier créancier » admis y ait renoncé ou l'ait abrégé. Cette cir- » constance ne peut influer sur la durée légale » des délais accordés pour le report de la faillite; » ces délais tendent à un autre but que la for- » malité de l'affirmation de l'article 497 et doi- » vent rester fixes et immuables dans l'intérêt » de la masse ».

La loi exigeant seulement que la demande soit faite endéans le temps de la vérification et de l'affirmation des créances, le jugement qui statue sur cette demande peut intervenir plus ou moins longtemps après (2); c'est un axiome de droit que les particuliers ne doivent jamais souffrir des lenteurs de la justice. Il en résulte également que le créancier ou le syndic qui a formé sa demande en temps utile ne doit pas être considéré comme y ayant renoncé par cela seul qu'il a consenti à la clôture du procès-

(1) D. P. 60. 1, 242.

(2) Req. 5 juin 1893. D. P. 93, 1, 519.

verbal de vérification et d'affirmation. Enfin, de ce que l'opposition formée dans les délais légaux profite à tous les créanciers, il faut décider que même après ces délais, un autre créancier peut intervenir dans l'instance et que cette intervention tiendra malgré le désistement ultérieur du premier opposant.

Il est un cas où, sur l'initiative des tribunaux aussi bien que des créanciers, la date de la cessation des paiements doit pouvoir être modifiée, même après l'expiration des délais prescrits, à peine de forclusion, par les articles 580 et 581 du Code de commerce : c'est au cas de conversion de la liquidation judiciaire en faillite. Cette solution est juridique et rationnelle. En effet, l'article 19 de la loi du 4 mars 1889 autorise le tribunal à déclarer la faillite à toute époque de la liquidation judiciaire, s'il est reconnu que la requête à fin de liquidation a été présentée plus de quinze jours après la cessation des paiements. Cet article est conçu en termes absolus ; il édicte une disposition générale dont l'application n'est pas limitée par une durée quelconque. Il faut donc bien reconnaître qu'il fait échec à l'article 581. « Si l'accomplissement de la vérification des créances faisait obstacle à la fixation d'une date autre que celle implicitement indiquée par le jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire, lit-on dans un rapport

» de M. le conseiller Rivière à la Cour de cas-
» sation (1), il en résulterait bien évidemment
» que les tribunaux devraient forcément conser-
» ver cette date comme étant celle de la cessa-
» tion des paiements ; il en résulterait cette
» autre conséquence impossible que la date in-
» exacte, implicitement indiquée par le jugement
» d'ouverture de la liquidation, date qui est la
» cause de la déclaration de faillite du débiteur,
» serait la seule qui devrait être prise comme
» étant la véritable et la seule pouvant servir
» à régler tous les droits (2) ».

Une question un peu différente de celle que nous venons de viser s'est posée devant la Cour de cassation. Il s'agissait bien encore, dans l'espèce, du cas où la liquidation judiciaire était convertie en faillite et où les délais de l'article 581 étaient expirés. Mais le point difficile n'était pas de savoir si le report de la date de cessation des paiements pouvait être prononcée, bien que les délais fussent écoulés ; le débat avait un tout autre objet. On se demandait si, en l'absence de toute fixation dans le jugement déclaratif, la cessation des paiements devait pren-

(1) Lire ce rapport dans l'arrêt de cassation du 11 nov. 1891. D. P. 92, 1. 49.

(2) Cass. arrêt précité. Agen, 30 déc. 92. D. P. 94, 2, 110 et la note 2-3. Douai, 4 nov. 1889. D. P. 90, 2, 33 et la note de M. Boistel. Besançon, 11 janv. 93. D. P. 93, 2, 320. Req. 19 fév. 93. D. P. 93, 1, 422 Trib. civ. de Pontarlier, 30 avril 1896 et C. de Besançon, 18 nov. 1896, D. P. 98, 2. 301.

dre date au jour de ce jugement ou à celle fixée par le jugement de liquidation. La Cour suprême s'est, avec raison, décidée dans ce dernier sens. Il n'y a pas à objecter ici que le jugement déclaratif de faillite ne contenant aucune disposition relative à la date de cessation des paiements, la fixation devait en être faite, par application de l'article 441, au jour de ce jugement. Les deux procédures de liquidation judiciaire et de faillite, lorsque celle-ci succède à la première, sont liées entre elles et se complètent; en sorte que les actes accomplis sous le régime de la liquidation sont et demeurent acquis à la faillite ensuite déclarée (1).

A propos des délais d'opposition, il reste à nous demander pourquoi le législateur les a fixés différemment pour le failli, les créanciers et les tiers intéressés. La raison de cette distinction est très simple et très logique. Le failli n'a que huit jours, parce que le tribunal qui fixe la date de la cessation des paiements étant, comme celui qui déclare sa faillite, le tribunal du lieu de son domicile, il est vite en mesure d'être instruit sur le jugement de report. De plus, il connaît sa situation véritable; mieux que tout autre il sait à quelle époque remonte sa ruine: il n'y a donc pas lieu de lui accorder

(1) Req. 30 nov. 91. D. P. 92, 1, 289.

de longs délais. Au contraire, les créanciers ne connaissent des affaires du failli que ce que leur révèlent les opérations de vérification et d'affirmation des créances ; c'est l'examen des livres et la production des titres qui doivent les renseigner sur la vie passée de leur débiteur, ses agissements et ses relations. Par conséquent, il est bien juste, avant de les frapper de déchéance, d'attendre que la procédure préparatoire, qui est surtout une procédure d'instruction, soit complètement achevée. Quant aux autres intéressés, s'ils s'attaquent au jugement de report, c'est afin de faire rapprocher la date de cessation des paiements et d'assurer par là le maintien des conventions qu'ils ont passées avec le failli avant l'époque du jugement déclaratif. Il doit leur être relativement facile d'établir qu'au moment où ils ont traité, le failli était encore en pleine possession de son crédit ; pas n'est besoin pour cela de leur accorder terme jusqu'à la clôture des opérations de vérification. Toutefois, comme ils peuvent être plus ou moins éloignés du tribunal, qu'ils ne sont avertis du report que par la publication du jugement, par affiche et insertion dans les journaux, qu'il leur faut parfois rassembler ou même compléter leurs éléments de justification, le législateur a jugé bon de leur accorder un délai d'un mois.

II. APPEL

Le droit d'appeler du jugement déclaratif comme du jugement de report est incontestable. Nous en trouvons une première preuve dans l'article 582 du Code de commerce. Ce texte ouvre la voie de l'appel contre *tout jugement rendu en matière de faillite*; or, le jugement qui déclare la faillite et celui qui en fixe l'ouverture sont au premier chef des jugements rendus en matière de faillite. L'article 583 nous fournit aussi un argument en ce sens. Il énumère limitativement les décisions insusceptibles d'opposition, d'appel et de recours en cassation et nous n'y voyons pas figurer celles qui ont pour objet de prononcer la faillite ou d'en déterminer la date : c'est donc que ces jugements peuvent être frappés d'appel. Au reste tout le monde est d'accord sur ce point. Il n'en sera pas de même des questions dont nous allons aborder l'étude. A qui appartient le droit d'appeler du jugement de report?

Le législateur n'ayant pas pris soin de nous le dire, c'est au droit commun que nous devons nous référer. Or, la règle est que l'appel peut être interjeté par tous ceux qui ont été parties au procès. Conformément à ce principe, nous déciderons donc que le failli jouit dans tous les cas de la faculté d'attaquer devant la Cour le

jugement de première instance fixant la date de cessation de ses paiements. Son droit ne saurait souffrir aucune exception. Il n'y a pas à distinguer s'il a été présent ou représenté au procès ou s'il y a fait défaut : la voie de l'appel est ouverte aussi bien contre les jugements par défaut que contre les décisions contradictoires, et les principes généraux conduisent à décider que ceux qui ont fait défaut au jugement surpris contre eux peuvent toujours renoncer à l'opposition pour recourir à l'appel. Il n'y a pas davantage à distinguer si le report a été prononcé sur assignation ou sur requête ou d'office. Des jugements qui ouvrent la faillite d'un individu ou qui fixent le jour de la cessation de ses paiements le visent toujours personnellement et nommément. Qu'il ait ou non été appelé aux débats, c'est lui qui est directement pris à partie, c'est sa situation qui est l'objet principal et même exclusif de la discussion. Il est dès lors nécessaire, dans l'intérêt même de la justice, qu'il puisse se défendre, comme le pourrait un défaillant ordinaire, non seulement par l'opposition, mais aussi par l'appel. Et d'ailleurs, parce que la loi a déroge aux règles ordinaires de la procédure, soit pour la mise en faillite, soit pour la demande à fin de report, a-t-elle voulu priver le failli d'aucun droit ? Evidemment non. Ce n'est pas au moment où les mesures les plus

graves vont être prises contre lui, qu'il faut lui retirer les armes que le droit commun met à la disposition de ceux contre lesquels un jugement est rendu. Il faut donc toujours considérer le failli comme une partie en cause, jouissant à ce titre du droit d'appel (1).

Tout tiers intéressé peut encore interjeter appel du chef du failli et comme exerçant les droits de ce dernier. C'est là une application pure et simple de la règle contenue dans l'article 1166 du Code civil.

Quant aux créanciers, le droit d'appel n'est pas à leur égard aussi général ni aussi absolu qu'à l'égard du failli. Sans doute les intéressés qui ont figuré en première instance peuvent appeler du jugement de report ; c'est même pour eux le seul moyen dont ils puissent disposer, puisque le jugement, étant contradictoire à leur encontre, n'est pas susceptible d'opposition. Il est non moins contestable que ceux qui, ayant été mis en cause en première instance, ont fait défaut, peuvent suivre la voie de l'appel, même quand ils ont négligé de faire opposition. C'est le droit commun, et le législateur de 1838, loin d'y déroger, a écarté du texte définitif une disposition du projet qui privait du droit d'appeler des jugements par

(1) *Contra* Gadrat, p. 54 et suiv. Cet auteur n'admet pas à se pourvoir en appel le failli qui a laissé passer, sans agir, les délais d'opposition. La doctrine et la jurisprudence sont en notre faveur.

défaut les parties qui n'y avaient pas formé opposition. Enfin, il est de toute évidence que les intéressés qui se sont portés opposants à un jugement de report et ceux contre lesquels l'opposition a été dirigée, peuvent relever appel du jugement rendu sur cette opposition. Toutes ces solutions découlent du principe que nous posions en débutant, à savoir que l'appel peut être interjeté par ceux qui ont été parties au procès, c'est-à-dire par ceux qui ont été mis en cause. Mais que faut-il décider à l'égard des intéressés qui n'ont pas été personnellement en cause devant le tribunal de commerce et qui ont négligé de faire opposition en temps utile ?

Dans un premier système, on prétend que les créanciers qui ont laissé passer les délais d'opposition ne sont pas pour cela déchus de leur droit d'appel. Ils ont été parties au procès, dit-on, car ils y ont été représentés soit par l'un des créanciers dont l'intervention a eu pour objet de conserver le droit des autres, soit par le syndic (1).

Nous ne pouvons admettre cette opinion. Il n'est pas vrai de dire que tous les créanciers sont représentés à l'instance par celui d'entre eux qui y figure : ce dernier n'y assiste que pour son compte, il n'a ni qualité ni mandat

(1) Alauzet, t. VI (2^e partie), n^o 2859. Massé, n^o 1164. Ruben de Couder, n^o 1126. Bedarride, n^o 1187. Orléans, 4 mai 1864, D. P. 64, 5, 181.

pour représenter ses cocréanciers. Quant aux syndics, ils n'agissent qu'au nom et dans l'intérêt de la masse ; ils sont les représentants légaux de la collectivité, mais non de chaque créancier pris individuellement. D'ailleurs l'application de la théorie adverse serait impossible. En effet, l'article 582 exige, pour faire courir les délais d'appel, que le jugement soit signifié. Or, s'il était vrai que tous les intéressés indistinctement pussent interjeter appel, il serait nécessaire que la signification du jugement fût faite à chacun d'eux, faute de quoi leur droit d'appel serait indéfiniment ouvert. Eh bien, est-il admissible que le sort de la faillite puisse rester sous la perpétuelle menace d'être modifié par un appel tardif ? est-il admissible que, pour mettre un terme à cette situation, il faille faire des significations coûteuses à des créanciers nombreux qui ne sont pas toujours tous connus ? Nous ne le pensons pas. « L'article 582, dit la Cour » de cassation, en faisant courir uniformément, » pour tout jugement rendu en matière de » faillite, le délai d'appel, à partir de la signification, suppose nécessairement que le droit d'appel » ne compète qu'à ceux auxquels le jugement » doit être signifié, c'est-à-dire à ceux qui ont » été partie ou contre lesquels il a été rendu (1). »

(1) Dalloz, supplém. v^{is} faillites et banqueroutes, Civ. 2 août 1875, n^o 1347, note (4).

Sans doute, le jugement de report ayant effet à l'égard de tous, peut nuire à des droits propres aux créanciers. Le droit commun n'accorde en ce cas-là aux intéressés que la tierce opposition, la loi des faillites leur ouvre la voie de l'opposition ; mais, pas plus en matière de faillite qu'en matière ordinaire, ceux qui ne sont pas intervenus au jugement qui leur préjudicie ne doivent avoir la faculté d'en appeler. On nous objecte que celui qui a la voie de l'opposition peut toujours y renoncer pour suivre celle de l'appel (2). Cela est vrai d'une façon absolue dans le droit commun qui ne permet l'opposition comme l'appel qu'à ceux qui ont été mis en cause dans le jugement attaqué. Mais, en cas de faillite, cette règle ne doit plus être admise qu'avec des distinctions, puisque, alors, l'opposition est recevable, même de la part des intéressés qui n'ont pas été parties au jugement qu'ils critiquent. L'appel appartient bien aux créanciers qui sont intervenus au procès et ont laissé passer les délais d'opposition ; mais cette voie est à jamais fermée à ceux qui, ayant été tenus à l'écart des débats, n'ont pas usé en temps utile de leur droit d'opposition. Encore une fois, ils ne peuvent interjeter appel bien qu'ayant pu former opposition, parce qu'ils n'ont pas été parties au procès et que le droit commun auquel il n'a pas été dérogé

(2) Massé, n° 1164.

ici ne permet l'appel qu'à ceux qui ont été partie principale ou intervenante en première instance (1).

Tout le monde admet que l'appel d'un jugement qui fixe la date de la cessation des paiements doit être formé dans le délai de quinze jours prescrit par l'article 582 pour tous les jugements rendus en matière de faillite (2). Mais l'accord n'est pas aussi unanime quand il s'agit du point de départ de ce délai. On a parfois prétendu que le délai d'appel commençait à courir du jour où les formalités d'affiche et d'insertion dans les journaux étaient accomplies, sans qu'il fût besoin d'aucune notification individuelle (3). Ce système est insoutenable, car il se heurte directement à l'article 582 qui exige la signification du jugement. Le mot signification ne peut évidemment avoir ici d'autre sens que celui qu'il a en matière de procédure, c'est-à-dire celui de notification individuelle du jugement faite par huissier à personne ou à domicile. Si le législateur avait voulu se référer aux formalités de publicité prescrites pour faire courir les

(1) En ce sens : Renouard, t. II, p. 377. Bravard et Demangeat, t. V, p. 666. Lyon-Caen et Renault, n^{os} 2624 et 2625. Boistel, n^o 904. Dalloz. Supplém. v^{is} faill. et banquer., n^{os} 1346, 1347 et 1375. Cass., 30 janv. 1867, D. P. 67, 1, 70. Rennes, 1^{er} mai 1876, D. P. 78, 2, 207. Besançon, 21 mars 1894, D. P. 94, 2, 512. Nancy, 20 février 1894, D. P. 95, 2, 4.

(2) Ce délai de quinze jours est un délai franc ne comprenant ni le jour de la signification ni celui de l'échéance.

(3) Douai, 6 mai 1850, D. P. 52, 2, 139.

délais d'opposition, il se fût très certainement servi du mot *publication*.

Parmi ceux qui reconnaissent la nécessité d'une signification individuelle du jugement de première instance, il en est qui prétendent que les délais d'appel ne doivent commencer à courir que du jour où l'opposition n'est plus recevable. C'est la règle édictée en droit commun par l'article 443 du Code de procédure, disent les tenants de cette opinion, et rien ne fait obstacle à son application en cas de faillite. L'art. 582 C. de com. ne vise que les jugements contradictoires : les travaux préparatoires de la loi de 1838 le prouvent. En effet, le projet contenait avant l'article 582 une disposition qui refusait le droit d'appeler des jugements par défaut contre lesquels on aurait négligé de faire opposition. Dans ce projet, l'article 582 ne concernait donc pas l'appel des jugements de défaut, qui faisait l'objet du texte précédent. Ce texte a, il est vrai, disparu de la rédaction définitive ; mais on ne saurait inférer de cette suppression que l'article 582 est devenu applicable aux jugements rendus par défaut (1).

Nous préférons l'opinion contraire qui, dans tous les cas, fait courir les délais d'appel du jour de la signification du jugement, sans dis-

(1) Alauzet, n° 2861. Ruben de Couder, n° 1126. Caen, 5 février 1850, D. P. 52, 2, 36. Aix, 6 avril 1870. D. P. 71, 2, 40.

tinguer entre les jugements contradictoires et ceux qui statuent d'office ou par défaut (1). L'article 582 dispose en termes trop généraux pour laisser place à des distinctions. D'ailleurs, les partisans du premier système tombent dans une grossière contradiction. Ils refusent d'appliquer l'article 582 aux jugements de défaut quant au point de départ des délais d'appel, tandis qu'ils l'observent en ce qui concerne la durée de ces délais. Pour être conséquents avec eux-mêmes ils devraient soutenir non seulement que les délais d'appel se comptent à partir du jour où l'opposition n'est plus recevable, mais que ce délai lui-même est de deux mois. De deux choses l'une : ou l'article 582 est étranger aux jugements de défaut, et alors c'est le droit commun qui doit servir à déterminer aussi bien la durée des délais d'appel que le point de départ de ces délais, ou il les concerne et alors il doit s'appliquer en toutes ses parties. Il n'y a pas à sortir de ce dilemme. Avec notre solution, il est vrai, il se pourra que les délais d'appel soient expirés avant ceux d'opposition, ou en d'autres termes que la voie de recours du second degré soit fermée à un moment où la première est encore ouverte. Ce fait se produira quand le syndic aura tardé à faire afficher le jugement

(1) Renouard, t. II, p. 402. Bravard et Demangeat, t. V, p. 663 et 665. Boistel, n° 904. Cass. 2 janv. 1877. D. P. 77, 1, 64.

de défaut et qu'il se sera hâté, au contraire, de le signifier. C'est là, nous le reconnaissons, une étrange anomalie ; mais à qui la faute, sinon au législateur qui, pour les jugements par défaut comme pour les jugements contradictoires, a, dans l'art. 382, fait courir les délais d'appel à compter de la signification (1).

Le délai de quinzaine imparti aux intéressés pour interjeter appel du jugement de report s'augmente d'un jour par cinq myriamètres de distance entre le domicile du signifié et le lieu où siège le tribunal. En dehors de cet allongement accordé expressément par l'article 382, il y a encore lieu d'appliquer ici l'article 73 du Code de procédure qui augmente les délais d'appel pour les personnes domiciliées hors du territoire continental. L'article 382 ne le dit pas, mais il ne s'y oppose pas et il est impossible, à notre avis, de ne pas tenir compte de l'éloignement de ces créanciers. Au contraire, il n'y a pas à considérer la distance existant entre le domicile de l'appelant et celui de l'intimé. L'article 1033 qu'on avait invoqué à ce sujet devant la Cour de Caen n'est pas applicable (2). Il est relatif aux délais de comparution, tandis que nous nous occupons du temps dans lequel le droit d'appel doit être exercé, ce qui est bien autre chose.

(1) Comp. Thaller. *Traité élémentaire de droit commercial*, n° 1536, p. 852.

(2) Caen, 17 décembre 1844. D. P. 45, 2, 46.

Comment et contre qui l'appel doit-il être introduit ?

Cette question n'est pas susceptible d'une réponse unique ; il faut distinguer entre l'appel interjeté par le syndic d'une part et l'appel formé par le failli ou par un créancier de l'autre.

Si c'est le syndic qui fait appel, il pourra valablement agir par voie de simple requête à la Cour, sans intimer le failli ni les créanciers lorsqu'il n'aura pas eu de contradicteur en première instance. Au contraire, si le failli ou les créanciers avait été parties au jugement attaqué, il devrait diriger son appel contre eux, sous la forme d'un exploit d'huissier.

Si l'appel est interjeté par le failli ou par un créancier il devra toujours et nécessairement être formé par acte signifié au syndic qui représente la masse et au créancier sur la poursuite duquel aurait été rendu le jugement de première instance. Dans tous les cas, l'appel du jugement de fixation de la date de cessation des paiements formé par un créancier profite au syndic à raison du principe de l'indivisibilité de l'état de faillite (1).

C'est une question extrêmement controversée que celle de savoir si les créanciers de la faillite peuvent intervenir sur l'appel des procès engagés pour ou contre les syndics. En droit com-

(1) Toulouse, 31 janvier 1893. D. P. 94, 2, 22.

mun, aucune intervention n'est recevable devant la Cour d'appel que de la part de ceux qui auraient le droit de former tierce-opposition et ceux-là seuls jouissent du droit de tierce-opposition qui, n'ayant été ni présents ni représentés au jugement, peuvent avoir à en souffrir. Voilà la règle ; elle est inscrite dans les articles 466 et 474 du Code de procédure civile. Or, en matière de faillite, le syndic est, en thèse générale, le mandataire légal de la masse, chargé à ce titre de la défense des intérêts communs ; il s'ensuit que, dans les procès où le syndic est en cause, tous les créanciers sont représentés par lui, en tant du moins qu'ils font partie de la masse et qu'ils ont des intérêts conformes à ceux de la collectivité. Cette représentation ne fait pas obstacle à l'intervention du failli ; car l'article 443 du Code de commerce autorise expressément le tribunal à le recevoir partie intervenante. Elle ne nuit pas davantage aux créanciers qui invoquent un droit propre, distinct de celui de la masse, car, en ce cas, les créanciers sont des tiers que le syndic ne représente pas. Mais quand le créancier qui demande à intervenir en cause d'appel n'a ni moyen spécial, ni intérêt particulier à faire valoir, il doit être repoussé, car il a été représenté en première instance par le syndic. En est-il de même, quand il s'agit de l'appel d'un jugement décla-

ratif de faillite ou de report? Nous ne le pensons pas. Dans les procès ayant cet objet, le syndic ne représente pas les créanciers et cela est si vrai que les créanciers ont le droit d'attaquer en leur nom individuel le jugement de report de la cessation des paiements, quand bien même ce jugement aurait été rendu à la requête des syndics ou contre eux. Sans doute, comme nous le verrons plus loin, le droit de tierce-opposition n'appartient pas aux créanciers de la faillite, en matière de report; mais ce n'est pas parce qu'ils ont été représentés au procès par le syndic, c'est uniquement parce que la loi leur ouvre la voie de l'opposition qui n'est au fond que la tierce-opposition de l'article 474 du Code de procédure civile. Nous en concluons donc que les créanciers restés étrangers en première instance au jugement de report doivent être admis à figurer dans la cause quand elle est portée devant la Cour d'appel, même en présence du syndic. Et toutefois, de même qu'en droit commun, l'intervention n'est recevable qu'autant que la partie demanderesse en intervention jouit du droit de tierce-opposition; de même les créanciers du failli ne doivent pouvoir intervenir en appel qu'autant qu'ils sont encore dans les délais utiles pour exercer le droit d'opposition des art. 580 et 581 (1).

(1) Voir sur le droit d'intervention des créanciers en cause d'appel :

III. DU RECOURS EN CASSATION

La cessation des paiements est un fait constitué par un concours de circonstances matérielles qui manifestent chez un individu l'extinction de sa vie commerciale. Or, la Cour de cassation ne connaît pas des simples faits ; elle les tient pour constants si le jugement critiqué les a déclarés tels et se borne à vérifier si les juges du fond en ont tiré des conséquences juridiques conformes ou contraires à la loi. Il en résulte donc que le tribunal de commerce jouit d'un pouvoir souverain pour constater l'existence de la cessation des paiements et pour en fixer la date (1). Toutefois, nous ne pensons pas que tous les jugements qui déterminent l'époque de la cessation des paiements puissent indistinctement et dans tous les cas échapper au contrôle de la Cour suprême. C'est qu'en effet l'esprit de la loi, à défaut de son texte, exige que les faits constitutifs de la cessation des paiements revêtent certains caractères juridiques. Ainsi, nous avons dit que la cessation des paiements

Paris, 13 février 1841. D. P. 41, 2, 438. Paris, 26 nov. 1889. D. P. 90, 2, 250. Paris, 12 juillet 1889. D. P. 90, 2, 477. Civ. 10 janv. 1894. D. P. 95, 1, 47. Chambéry, 27 nov. 1894. D. P. 95, 2, 467 et les dissertations très savantes de M. Boistel en note des arrêts de Paris des 12 juillet et 25 nov. 1889 et de M. J. Valéry en note de l'arrêt de cassation du 10 janvier 1894.

(1) Req. 22 avr. 72. D. P. 72, 1, 371. 22 juillet 72. D. P. 73, 5, 35. 12 mai 74. D. P. 75, 1, 23. 13 mai 79. D. P. 80, 1, 29. 18 nov. 1879. D. P. 80, 1, 27. 12 juillet 1881. D. P. 82, 1, 264. 25 avril 1883, dans Dalloz, supplém. n° 251 en note (4).

ne doit entraîner la faillite et en marquer l'origine qu'autant qu'elle se réfère à des engagements commerciaux. Par conséquent, si un tribunal de commerce reportait la cessation des paiements à une époque où le failli ayant acquitté toutes ses dettes commerciales n'avait laissé en souffrance que des dettes civiles, il ferait une fausse application de la loi et son jugement pourrait être soumis, pour cette raison, à la censure de la Cour de cassation.

Notre solution trouve un point d'appui dans l'article 583, qui, ne comprenant pas les jugements de report dans l'énumération limitative qu'il fait des décisions insusceptibles de recours en cassation, permet par cela même de les attaquer par ce mode de recours, lorsque toutes les conditions exigées pour se pourvoir sont réunies (1).

IV. DE LA TIERCE-OPPOSITION

Il a toujours été reconnu que le droit accordé au failli et aux créanciers de former opposition au jugement de report était exclusif pour eux du droit de tierce-opposition. Mais c'était, sous le Code de 1807, une question controversée que celle de savoir si les tiers et les créanciers agissant comme tiers, c'est-à-dire dans un inté-

(1) Lyon-Caen et Renault, n° 2613, note 1. Dalloz, supplém., v^{is} faill. et banquer., n° 1360.

rêt propre, contraire à celui de la masse, pouvaient user de l'arme de la tierce-opposition pour attaquer le jugement déclaratif ou de report. Trois opinions se disputaient alors l'honneur de résoudre cette difficulté.

Certains enseignaient que le législateur du Code de commerce, en permettant aux tiers de former opposition aux jugements déclarant la faillite ou fixant la date de son ouverture, avaient par là même entendu leur interdire la voie de la tierce-opposition (1).

D'autres, au contraire, n'hésitaient pas à déclarer qu'indépendamment du droit d'opposition les tiers pouvaient aussi employer la tierce-opposition, sans avoir à observer aucun délai (2).

Enfin, un système mixte admettait la tierce-opposition contre le jugement rectificatif de la date de cessation des paiements et la refusait contre le jugement déclaratif de faillite. Ce dernier système, consacré par un arrêt de la Cour de cassation du 15 mars 1830 (3), prétendait que si l'article 457 établissait, à l'égard du jugement déclaratif seul visé par l'article 454, des formes exceptionnelles de publicité et un mode spécial de recours, il serait arbitraire d'étendre son application au jugement rectificatif de la

(1) Sic Pardessus, n° 1111.

(2) En ce sens : Boulay-Paty, t. I, p. 80, n° 54. Loaré : Esprit du Code de commerce, t. V, p. 461.

(3) Dalloz, Répertoire, v^{is} faill. et banquer., n° 1341, note 1.

date de cessation des paiements, que dès lors ce dernier jugement devait rentrer dans le droit commun et dans la disposition générale de l'article 474 C. p.

Sous l'empire de la loi de 1838, il n'est plus possible de distinguer entre le jugement déclaratif et le jugement de report, puisque le législateur les a expressément soumis tous deux aux mêmes conditions de publicité et aux mêmes modes de recours. La même solution doit donc être admise pour les deux jugements. Quelle est-elle ? Faut-il dire que les tiers jouissent de la faculté de former tierce-opposition au jugement de report qui compromet leurs intérêts ou n'ont-ils que le droit de faire opposition à ce jugement dans les délais légaux ? L'hésitation n'est pas possible : les tiers n'ont que le droit d'opposition ; la tierce-opposition leur est fermée. Nous en trouvons la preuve dans les travaux préparatoires de la loi de 1838. L'article 580 du projet primitif, après avoir déterminé les délais d'opposition aux jugements déclaratif et de report ajoutait dans sa disposition finale : « Passé ce délai, la fixation de l'ouverture de la faillite sera irrévocable à l'égard de la masse, *sans préjudice du droit de tierce-opposition principale ou incidente de la part des tiers, contre lesquels cette fixation serait ultérieurement invoquée.* » La suppression de cette disposition de la rédac-

tion définitive est significative ; car, si, en la maintenant, le législateur eut consacré le droit de tierce-opposition, il a, en la retranchant, fait connaître qu'il défendait d'user de cette voie de recours. Cette défense s'explique facilement : il y aurait eu inconvénient grave à autoriser les tiers à attaquer indéfiniment le jugement déclaratif et le jugement de report ; l'intérêt de tous exigeait que la faillite une fois ouverte reçût une prompte solution. Dans ce but, le législateur a prescrit pour ces jugements une publicité spéciale destinée à les faire connaître immédiatement de tous les intéressés, et au lieu de laisser aux tiers le droit illimité de tierce-opposition, il a préféré leur permettre d'agir, comme les créanciers, par le moyen de l'opposition dans un délai déterminé. On ne concevrait pas que la loi ait autorisé le cumul de l'opposition et de la tierce-opposition.

Nous connaissons les éléments constitutifs de la cessation des paiements et la procédure à suivre pour en faire fixer la date. Le moment est donc venu d'indiquer les effets qui dérivent de la détermination de cette date.

CHAPITRE IV

De l'importance de la fixation de la date de cessation des paiements

La date de la cessation des paiements a une importance considérable. Elle influe d'abord sur la condition que la loi fait au commerçant obéré : suivant qu'elle remonte ou non à plus de quinze jours de l'époque où l'autorité judiciaire est appelée à intervenir, l'insolvable peut être condamné comme banqueroutier ou obtenir le bénéfice de la liquidation judiciaire. Elle influe aussi et surtout sur le sort des actes passés par le failli, car elle sert de point de départ à la période suspecte durant laquelle les engagements du failli peuvent être frappés des nullités édictées par les articles 446 et suivants du Code de commerce.

Nous allons étudier ces effets en scindant notre étude en deux sections correspondant au double point de vue sous lequel ils se présentent, savoir :
1° au point de vue de la position du débiteur ;
2° au point de vue du sort de ses actes.

SECTION I. — Influence de la date de cessation des
paiements sur la position du débiteur

A. *De l'admission du débiteur au bénéfice de la liquidation
judiciaire. — De la requête tardive.*

La date de la cessation des paiements a, en matière de liquidation judiciaire, un intérêt capital. C'est qu'en effet la liquidation judiciaire est une faveur à laquelle le débiteur ne peut prétendre qu'en la sollicitant personnellement dans les quinze jours de la cessation de ses paiements. Dès lors, suivant que la date de cessation des paiements se place ou non dans le délai de quinzaine réservé au débiteur pour présenter sa requête, la liquidation judiciaire peut être accordée ou doit être refusée.

On pourrait se demander à quels mobiles a obéi le législateur en laissant quinze jours au débiteur pour présenter sa requête à fin de liquidation judiciaire. Puisque la cessation des paiements est un fait matériel et extérieur n'eût-il pas été plus logique de ne faire au commerçant obéré une situation de faveur qu'autant qu'il avouerait sa débâcle le jour où elle se produirait ? Ce serait une erreur de le croire. La cessation des paiements est un fait embrouillé dont l'appréciation est extrêmement délicate, même pour des juristes (1). Imposer aux

(1) C'est à tort que M. Laroze a prétendu que « le jour même où il est

particuliers l'obligation de solliciter leur admission au bénéfice de la liquidation judiciaire au moment précis de la cessation de leurs paiements, c'eût été les forcer presque toujours ou à y renoncer ou à déclarer comme état de cessation de paiements une gêne momentanée. Un commerçant peut compter, pour faire face à ses échéances, sur des règlements que devaient lui envoyer ses clients. Or, si les fonds ne lui parviennent pas en temps opportun, il devra suspendre ses paiements. Mais cet embarras est-il définitif ou simplement passager ? Le débiteur l'ignore ; le temps seul va lui permettre de savoir si les fonds qu'il attendait lui seront versés ou s'il doit les considérer comme perdus. Aussi le législateur de 1889 a-t-il bien fait, non seulement d'accorder des délais au débiteur pour faire l'aveu de sa situation, mais encore de porter à quinze jours le délai très insuffisant de trois jours établi par le Code de 1807.

A lire l'article 2 de la loi du 4 mars 1889, il semble bien que le délai de quinzaine octroyé au commerçant pour présenter requête est un délai fatal qui ne peut être dépassé sous peine de déchéance. Ce texte dit, en effet, en termes

atteint par le premier protêt, le débiteur sait parfaitement si c'est un coup mortel qui va l'atteindre ou si c'est une blessure légère qui peut se guérir ». (Disc. à la Ch. des députés, séance du 16 octobre 1888). MM. Barre et de la Bâtie, dans cette même séance, et M. Lacombe dans celle du 17 janv. 89, ont reconnu comme nous la difficulté d'apprécier la cessation des paiements.

très formels que « la liquidation judiciaire ne » peut être ordonnée que sur requête présentée » par le débiteur dans les quinze jours de la » cessation de ses paiements. » Malgré cela, d'excellents auteurs soutiennent que la tardivité de la requête du débiteur ne fait pas obstacle à son admission au bénéfice de la liquidation judiciaire. Pour en décider ainsi, ils se fondent sur l'article 19-1° de la loi de 1889, d'après lequel le tribunal *peut* déclarer la faillite « s'il est reconnu » que la requête à fin de liquidation judiciaire » n'a pas été présentée dans les quinze jours » de la cessation des paiements. » Le mot *peut* inséré dans le texte indique bien que le tribunal jouit d'un pouvoir discrétionnaire. Or, disent ces auteurs, si le tribunal a la faculté de maintenir le bénéfice de la liquidation judiciaire, bien qu'il s'aperçoive après coup que la requête du débiteur a été tardive, il doit logiquement avoir la même latitude quand, avant de statuer, il reconnaît que le débiteur a laissé passer le délai de quinzaine. Nous n'acceptons pas cette interprétation. L'article 2 de la loi de 1889 est conçu en termes rigoureusement impératifs; il fait, de la présentation de la requête dans les quinze jours de la cessation des paiements, la condition *sine qua non* de l'admission du débiteur au bénéfice de l'institution nouvelle. Il n'y a pas du reste que la lettre de la loi qui

commande de rejeter toute requête tardive ; l'esprit qui a présidé à la rédaction de l'article 2 nous dicte aussi cette solution. Quel a été en effet le but du législateur en organisant à côté de la faillite la procédure moins sévère de la liquidation judiciaire ? Il a voulu inviter les débiteurs malheureux à avouer promptement à la justice leur détresse ; il a cherché à marquer une différence entre l'honnête commerçant qui, aussitôt tombé dans la misère, vient loyalement et sans réticences, confesser son infortune, et le commerçant de mauvaise foi qui, se sachant dans l'impossibilité de faire honneur à ses engagements, cherche quand même à prolonger, au moyen d'expédients, une situation pleine de périls, creusant ainsi toujours plus profond le gouffre dans lequel s'engloutissent les biens de ses créanciers. Diminuer en un mot l'abus des déclarations tardives et les désastres qui en résultent, voilà l'objectif poursuivi par le législateur de 1889 en adoucissant le régime de la faillite. Pour s'en convaincre, il suffit d'examiner les débats parlementaires qui ont préparé la confection de la loi. A de nombreuses reprises, ses auteurs ont proclamé la nécessité de subordonner l'obtention de la liquidation judiciaire à la présentation d'une requête dans un bref délai. « Le projet que votre » Commission vous a présenté, disait M. Laroze, » en son premier rapport, édicte des sanctions

» sévères pour le cas où le débiteur ne se pla-
» cerait pas dès les premiers jours de la cessa-
» tion des paiements entre les mains de ses
» créanciers surveillés par la justice (1). »

Le même M. Laroze disait encore à la Cham-
bre des députés : « Notre premier soin a été
» de rechercher s'il n'existait pas un moyen de
» s'adresser à l'intérêt même du débiteur ; puis-
» que la loi de 1838 a été impuissante à l'obli-
» ger à déposer son bilan, nous nous sommes
» demandé — c'est la *base philosophique*, si vous
» me permettez ce mot, du projet que nous
» avons l'honneur de vous présenter — s'il
» ne convenait pas d'agir directement sur la
» volonté du débiteur lui-même et de le mettre
» dans cette alternative : ou de se déclarer dès
» les premiers moments de la cessation des
» paiements, ou de subir une véritable pénalité,
» celle qui résulte des conséquences de la fail-
» lite (2) ». C'est la même idée qu'exprimait
M. Ferrouillat, garde des sceaux, par ces paroles :
« Il faut en effet que dans les dix jours de la
» cessation des paiements, le débiteur ait fait sa
» déclaration. Dans le cas où il ne l'aurait pas
» faite, la sanction consiste en ce qu'il ne lui
» est plus possible d'échapper à la qualification

(1) Roger-Dufraisse. Nouvelle loi sur la liquidation judiciaire et la faillite, p. 3.

(2) Roger Dufraisse, op. cit. p. 19.

» de failli (1) ». A son tour, M. Barré est venu appuyer ces déclarations. Au Sénat, le rapporteur, M. Demôle, exprimait l'espoir que « l'institution nouvelle mettrait fin aux abus et aux scandales qui se produisent trop fréquemment sous le régime de la loi de 1838, » ajoutant qu'« actuellement le commerçant que des revers, même immérités, ont conduit à la cessation des paiements, se soumet difficilement à l'obligation du dépôt de son bilan (2) ». Nous pourrions multiplier les citations; mais en voilà assez, ce nous semble, pour prouver que l'idée-mère de la loi de 1889 a été d'en réserver le bénéfice à ceux qui, spontanément et dans un court délai, s'empresseraient de faire à la justice l'aveu de leur situation au lieu de recourir à des manœuvres dilatoires et dolosives. Et pour que le débiteur ait le temps de se rendre compte de sa position, pour qu'il soit absolument sans excuse, le législateur a porté à quinze jours le délai du dépôt de bilan qui, précédemment, n'était que de trois jours. Puisque le texte, comme l'esprit de la loi, s'accordent à décider que la liquidation judiciaire doit rester fermée à ceux dont la requête a été tardive, pourquoi admettrions-nous une solution contraire? La loi aurait manqué son but, si elle avait facilité l'accès de la liqui-

(1) Roger Dufraisse, *op. cit.* p. 47.

(2) Roger Dufraisse, *op. cit.* p. 60.

dation judiciaire à ceux qui, pour en ajourner l'application, auraient attendu que toutes leurs ressources fussent épuisées avant de réclamer l'intervention de la justice. Ceux qui agissent ainsi ne sont pas de bonne foi, pourquoi donc le législateur les aurait-il pris en pitié?

On nous objecte, il est vrai, que l'article 19 alinéa 1, accordant au tribunal le pouvoir de se déterminer d'après les circonstances, s'il constate après coup que le délai a été dépassé, il doit en être de même si la tardivité est reconnue dès le début de la procédure. Mais l'objection ne nous touche guère. Pourquoi d'abord l'article 2 céderait-il le pas à l'article 19? Il est clair et complet par lui-même; il répond aux intentions de ses rédacteurs, par conséquent il n'est pas possible de n'en pas tenir compte, ainsi que le font nos adversaires. D'ailleurs, il n'y a aucune corrélation entre ces articles, qui prévoient deux hypothèses bien différentes : le premier suppose le cas où, avant de se décider, le tribunal s'aperçoit que la requête est tardive; le second vise le cas où, après admission du commerçant au bénéfice de la liquidation judiciaire, le tribunal découvre que les délais étaient expirés au moment où la demande a été faite. C'est donc à tort que, dans la théorie adverse, on cherche à combiner nos deux textes : ils doivent rester isolés et s'appliquer distributivement aux deux situations

auxquelles ils se réfèrent. On s'explique très bien du reste que la loi se soit moins facilement résignée à reprendre au débiteur l'avantage qu'elle lui avait concédé qu'à le lui refuser au moment où il le sollicite. M. Boistel, qui comptait en 1889 parmi les chefs autorisés du système auquel nous nous rallions, expliquait en excellents termes les raisons pour lesquelles l'article 19 n'obligeait pas le tribunal, comme l'article 2, à déclarer la faillite : « La première décision, dit-il, » montre qu'un doute très sérieux a été posé » sible sur la date de la cessation des paiements ; le tribunal s'y est trompé lui-même. » On peut admettre que le débiteur a pu avoir » des hésitations légitimes. Sans doute, il n'a » pu ignorer qu'il laissait des dettes en souffrance ; mais il a pu croire qu'il n'y avait là » qu'un embarras momentané ; il a pu très honnêtement se faire illusion sur l'avenir de ses » affaires ; et qui est-ce qui n'est pas sujet à » quelque illusion dans des circonstances aussi » graves ? Il n'en a fallu rien moins que la » catastrophe finale pour l'éclairer lui-même rétroactivement sur le caractère irrémédiable des » premiers embarras (1). »

On a dit aussi que notre solution encourageait le mensonge, que le débiteur en retard chercherait toujours à cacher la véritable date

(1) Note sous arrêt de Rennes, 11 juin 1889. D. P. 89, 2, 193.

de la cessation des paiements, parce que, s'il la déclarait, il se verrait refuser le bénéfice de la liquidation judiciaire, tandis qu'en la dissimulant il garde l'espoir de l'obtenir et de le conserver. L'argument aurait quelque valeur, si, une fois la liquidation judiciaire ouverte, le tribunal ne pouvait plus revenir sur sa décision ; mais puisque nous laissons à l'article 19 toute sa portée, le tribunal pourra toujours faire usage de son pouvoir discrétionnaire pour apprécier si le débiteur a sciemment trompé la justice sur la véritable date de sa ruine ou si, au contraire, il a pu ignorer de très bonne foi l'origine de son infortune, au moment de présenter requête.

Disons donc, pour conclure, que le délai de quinze jours imparti par la loi pour demander le bénéfice de la liquidation judiciaire est un délai fatal et que le débiteur qui ne l'observe pas doit impitoyablement être déclaré en état de faillite (1).

(1) Sic : Boistel, note sous arrêt précité. Bailly. *Annales de dr. comm.* 1889. 2, p. 53 et 67. Dalloz, supplém., vis faillites et banquer., n° 72. Goirand et Pèrier : *Commentaire de la loi du 4 mars 1889 sur la liquidation judiciaire*, p. 51. Leconte : *Traité de la liquidation judiciaire*, n° 409. Fremont et Camberlin : *Code pratique de liquidations et faillites*, t. 1, n° 49 in fine. Courtois, op. cit. p. 126 et suiv. Trib. de comm. de Rennes, 11 juin 1889. D. P. 89, 2, 193. Trib. de comm. de la Seine, 11 juin 1889 (*Journ. des faillites* 1889, p. 344). Paris, 19 mai 1892. D. P. 93, 2, 390. Pau, 29 nov. 1894. D. P. 95, 2, 295. Lyon, 4 nov. 1896 (*Annales de droit commercial* 1897, 93). Douai, 2 févr. 1897. D. P. 98, 2, 24.

Contra : Boistel, qui a abandonné sa première opinion, op. cit. p. 1194. Lyon-Caen et Renault : *Manuel de dr. comm.* n° 1279, p. 931. Thaller. Chro-

B. *De la condamnation du failli comme banqueroutier à raison de la tardivité de sa déclaration.*

Nous venons de voir que la date de la cessation des paiements a une importance capitale, quand le tribunal est saisi d'une requête à fin de liquidation judiciaire. A un autre point de vue cette date est encore intéressante à connaître en ce sens que si elle est antérieure de plus de quinze jours à la déclaration de faillite, elle peut motiver la condamnation du failli comme banqueroutier. L'article 586-4°, en effet, autorise l'application des peines attachées au délit de banqueroute simple au failli qui, dans les quinze jours de la cessation de ses paiements, n'a pas fait au greffe l'aveu de sa faillite dans les conditions exigées par les articles 438 et 439.

S'il est une disposition qui, dans la pratique, soit restée lettre morte, c'est bien celle que nous venons de rappeler. Elle ne figure dans notre Code de commerce que comme un vestige des prescriptions rigoureuses que l'ancien droit contenait contre le commerçant failli. Nous comprenons fort bien d'ailleurs que la justice se refuse à punir d'un emprisonnement variant, suivant l'art. 402 du Code pénal, d'un mois à

nique de législation. Annales 1890, 2, 209. Labori, op. cit. t. VII, p. 379, n° 719. Toulouse, 25 juin 1893. D. P. 94, 2, 312. Trib. Pontarlier, 2 nov. 1893, D. P. 94, 2, 512. Comp. Req. 11 nov. 1891. D. P. 93, 1, 49 et 5 juin 1893. D. P. 94, 1, 47. Thaller : Traité élémentaire de droit comm., n° 1496, p. 830. Trib. de Pontarlier, 30 avr. 95 et C. de Besançon, 18 nov. 96. D. P. 98, 2, 301.

deux ans, le débiteur dont le seul crime a été de négliger de déposer son bilan dans les délais utiles.

Le plus souvent, la tardivité du dépôt de bilan n'entraînera les rigueurs de nos lois pénales que parce que le failli se sera perpétué dans l'administration de ses biens, grâce à des manœuvres frauduleuses. Mais, en ce cas, le failli ne sera plus condamné comme banqueroutier simple, il sera, aux termes de l'art. 591 C. com., considéré comme banqueroutier frauduleux, passible, à ce titre, de la peine des travaux forcés à temps (art. 402 C. pén.).

SECTION II. — Influence de la date de cessation des paiements sur le sort des actes du failli.

Les actes passés par le commerçant en temps normal sont placés sous la protection du droit commun qui les présume faits de bonne foi, à moins de preuve contraire. Mais du jour où le commerçant vient à suspendre ses paiements, le droit commun cesse de s'appliquer; un régime nouveau lui succède qui, en raison de la situation du débiteur, suspecte toutes ses opérations et en soumet la validité à des conditions étroites. La date de la cessation des paiements exerce donc une influence décisive sur le sort des actes accomplis postérieurement par le failli. C'est ce

que nous allons voir en étudiant la période suspecte dont cette date fixe les limites.

Toutefois, avant d'entreprendre cette étude, deux questions préliminaires sont à résoudre : Pourquoi la cessation des paiements d'un commerçant est-elle l'occasion d'un régime exceptionnel de nullités? Y a-t-il une période suspecte en cas de liquidation judiciaire?

C'est à l'examen de cette double question que nous allons nous appliquer tout d'abord.

1. — L'établissement de règles spéciales régissant les rapports du failli avec les tiers après la cessation de ses paiements s'imposait d'une façon impérieuse. Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers qui peuvent toujours attaquer les actes par lesquels il a diminué son patrimoine en fraude de leurs droits. Ce sont là les principes du droit commun consacrés par les articles 1167 et 2092 du Code civil. Ces principes se suffisent à eux-mêmes, aussi longtemps que le commerçant jouit de tout son crédit et qu'il fait honneur à ses engagements. Mais lorsque le négociant ne parvient plus à assurer le service régulier de ses échéances, il n'offre plus aux créanciers de garanties suffisantes; il est, pour employer un terme vulgaire mais très juste, malade commercialement parlant, et cet état de maladie réclame l'application d'un régime énergique qui sauvegarde les intérêts de la masse.

C'est d'ailleurs à ce moment que la justice devrait prendre en charge l'administration des biens du débiteur obéré, si celui-ci lui avouait immédiatement sa détresse, ainsi que la loi lui en fait une obligation. Mais chacun sait que, généralement, les commerçants ne se résignent à déposer leur bilan qu'après avoir tenté vainement par tous moyens d'améliorer une situation depuis longtemps désespérée. Jamais ils ne passent *de plano* de l'état de capacité pleine et entière au régime de dessaisissement. Entre le jour où la vie commerciale s'éteint, jusqu'au jour où la faillite est déclarée s'écoule une période, parfois très longue, pendant laquelle le débiteur reste à la tête de ses affaires. Or, c'est dans cet intervalle que les fraudes sont fréquentes. *Decoctor ergo fraudator*, disaient nos anciens auteurs; c'est la même idée que Savary exprimait sous cette formule originale : *quand pauvreté entre par la porte, probité sort par la fenêtre*. Sans prendre pour vérités ces maximes, nous devons bien reconnaître que la misère est mauvaise conseillère et que la faillite sert souvent à déguiser des fraudes. Tantôt, dans l'espoir de vaincre les difficultés d'argent avec lesquelles il est aux prises, le négociant se livre inconsidérément et fiévreusement à des opérations qui, loin de lui être avantageuses, augmentent son déficit; il vend des marchandises à vil prix, il emprunte

à taux élevés, il a recours à l'émission d'effets de complaisance. Tantôt, au contraire, considérant sa mise en faillite comme imminente, il emploie les quelques jours pendant lesquels il a encore l'administration de ses biens, soit à réaliser son actif et à le rendre insaisissable, soit à avantager des créanciers exigeants ou préférés, soit même à faire des libéralités. « Dès l'instant qu'une faillite éclate, disait Teste à la Chambre des députés, le soupçon naît, parce qu'on sait qu'elle est le plus souvent l'occasion des fraudes les plus scandaleuses. Il est, sans doute, des faillites qu'il faut plaindre et que le malheur seul a causées.....; mais en général, dans les faillites, se donnent rendez-vous tous les genres d'abus et de fraude (séance du 28 mars 1838). » Si, pour combattre tous ces abus, les créanciers n'avaient eu à leur disposition que les armes du droit commun, ils seraient souvent demeurés impuissants. Le grand principe de l'égalité entre les créanciers d'un même débiteur fut resté un leurre, s'il n'avait eu d'autre sanction que l'action révocatoire de l'article 1167. Celle-ci, en effet, subordonne dans tous les cas l'annulation des conventions nuisibles à la masse à la preuve de la fraude du débiteur, c'est-à-dire à la démonstration de ce fait que le débiteur a, par ses agissements, lésé ses créanciers le sachant et par suite le voulant. Il y a plus : pour les actes à

titre onéreux, le droit commun n'en permet la révocation qu'à condition de prouver la complicité des tiers qui en ont bénéficié. Or, il est extrêmement difficile de satisfaire à ces exigences. Pourtant, ce n'est pas encore là la raison déterminante qui devait porter le législateur des faillites à rendre plus sévères les conditions de validité des actes passés par le commerçant en état de cessation de paiements. A la rigueur, en effet, on peut arriver à établir la fraude des parties contractantes ; il suffit de démontrer que le débiteur a eu conscience de son insolvabilité et que le tiers a connu l'état des affaires de sa contre-partie pour qu'on puisse en induire leur intention commune de nuire à la masse créancière.

Un autre motif, beaucoup plus sérieux, militait en faveur de l'établissement de règles particulières de nullités. Il est bien des cas où les opérations ruineuses du débiteur n'ont pas leur cause dans le désir de soustraire à la masse les biens qui forment leur gage. Affolé par la catastrophe qui s'annonce et dont il veut à toutes fins reculer l'échéance, le négociant en détresse passe, en homme qui a perdu la tête, des conventions qui, pour n'être pas frauduleuses, n'en sont pas moins très préjudiciables à ses créanciers. Quant aux tiers qui traitent avec lui, ils n'agissent pas toujours de mauvaise foi, seule-

lement, ils ont le grand tort de participer à des actes irréfléchis et de placer leur intérêt personnel au-dessus de celui de la masse. Exemple : Un créancier sachant son débiteur en mauvaise situation use de contrainte et obtient paiement. Il est bien évident que ni l'un ni l'autre n'ont cherché à frustrer la masse : le créancier a simplement voulu rentrer dans ses fonds et le débiteur a uniquement cherché à se débarrasser d'un créancier gênant. Autre exemple : un fournisseur a vendu à l'un de ses clients une certaine quantité de marchandises ; à l'échéance, le client ne peut en payer le prix et, sur les menaces du vendeur, il lui retourne sa marchandise. Ici encore il n'y a eu ni de part ni d'autre intention de nuire à la masse. Ce sont là des circonstances où l'action paulienne ne pourrait être utilement exercée. Et cependant, l'intérêt de la faillite exige qu'on puisse revenir sur de pareils faits qui, sans conjurer la crise, créent des inégalités révoltantes et empirent la situation de la masse. On n'aperçoit pas l'utilité que présenterait la faillite, si le débiteur était libre, jusqu'au jour de son dessaisissement, de dissiper impunément son patrimoine et si certains créanciers, plus exigeants ou plus habiles que les autres, pouvaient sortir indemnes de ce naufrage dont tous les intéressés doivent assumer les risques.

Ce n'est pas tout encore. Les créanciers d'un commerçant sont en général très nombreux, de sorte que la débâcle de ce dernier trouble une foule de relations et met en péril des intérêts considérables. Il importait donc que la loi intervînt d'une manière toute particulière pour rassurer les créanciers et sauvegarder leurs droits. Cette intervention exceptionnelle se justifiait d'autant mieux que les créanciers commerciaux, étant souvent très éloignés, ne peuvent surveiller les agissements de leur débiteur ni empêcher les opérations ruineuses auxquelles il voudrait se prêter.

Enfin, la célérité et la multiplicité des transactions commerciales ne permettent pas à ceux qui traitent avec des commerçants de s'enquérir de leur solvabilité, ni de se faire consentir des sûretés réelles. Il fallait donc que la loi vienne offrir aux créanciers des commerçants une protection d'autant plus efficace qu'ils étaient obligés de s'en remettre uniquement à la bonne foi de leurs correspondants.

« Il résulte de ces divers motifs, conclut » M. Guillouard, que le commerce ne vit et ne » peut vivre que par le crédit, c'est-à-dire par » la confiance mutuelle que s'inspirent les négo- » ciants; pour la perpétuer et pour l'accroître, » il faut que la loi intervienne non pas dans un » esprit de défiance contre les commerçants,

» mais pour les protéger contre leurs faiblesses
» et assurer la sécurité de leurs relations. Telle
» est la pensée qui a dicté le régime tout entier
» des faillites, et notamment l'étendue exception-
» nelle du droit des créanciers contre les actes
» de leur débiteur tombé en faillite (1). »

II. — La question de savoir s'il existe, en matière de liquidation judiciaire, une période suspecte est l'objet d'une grave controverse.

De prime abord, l'existence d'une période suspecte paraît inconciliable avec les conditions d'admission au bénéfice de la liquidation judiciaire. Celle-ci n'est accordée qu'au débiteur malheureux et de bonne foi, dont la conduite est jugée exempte de tout reproche. Tout au contraire, la période suspecte place le débiteur dans un état permanent de suspicion et crée à l'encontre de ses actes une présomption de fraude qui en justifie l'annulation. Qu'y aurait-il donc de plus contradictoire que de considérer le liquidé comme un commerçant de loyauté incontestable et de mettre en doute la sincérité et la correction de ses agissements ?

Mais ce n'est là qu'un argument de raison et la volonté du législateur doit tout primer, même la logique. Or, quelle a été l'intention des auteurs de la loi sur la liquidation judiciaire ? C'est ce que nous allons rechercher.

(1) Guillouard. Thèse de doctorat : De l'action paulienne, p. 272.

Le projet élaboré en 1884 (art. 468) maintenait en cas de faillite la période suspecte et les nullités qui en découlent, tandis qu'il ne reconnaissait en matière de liquidation judiciaire ni temps suspect ni nullités spéciales. Néanmoins, si on s'apercevait après coup qu'un liquidé s'était rendu coupable d'actes frauduleux, antérieurement à l'ouverture de la liquidation judiciaire, ses créanciers pouvaient ou bien attaquer ces actes par l'action révocatoire de l'art 1167 C. civ., ou bien se prévaloir de la fraude commise par le débiteur pour demander la conversion de sa liquidation judiciaire en faillite, afin de pouvoir ensuite exercer les actions en nullité des articles 446 et suivants du C. com. (art. 468-2° du projet) (1).

Les rédacteurs de la loi nouvelle ont-ils abandonné ce système? Nullement. L'article 468 du projet n'a pas, il est vrai, été reproduit dans la loi; mais il ne s'ensuit pas que le législateur ait entendu supprimer la différence qu'il avait primitivement établie entre la liquidation judiciaire et la faillite. La vérité, c'est que pour hâter la réforme de la législation des faillites, on a retiré du projet primitif toutes les dispositions qui paraissaient superflues; on a, suivant l'expression de M. Maxime Lecomte, procédé à

(1) V. rapport et projet Laroze. Chambre des députés, session de 1884, annexe n° 2632, p. 36 et 63.

« une opération d'élagage ». La disposition qui écartait la détermination d'une période suspecte en matière de liquidation a donc pu être jugée inutile dans une loi uniquement applicable à ceux dont la conduite est au-dessus de tout soupçon. Au reste, les rédacteurs de la loi ont expressément déclaré leur intention de s'en référer à l'état de choses établi par le projet primitif. Voici, en effet, en quels termes s'exprimait M. Laroze dans le rapport qu'il présenta à la Chambre, le 9 juin 1888 : « Le projet de loi » que nous vous présentons aujourd'hui ne peut » être considéré comme un projet nouveau, car » il est la reproduction, dans ses parties essen- » tielles, de celui qui figure à votre ordre du » jour. . . . »

« La liquidation judiciaire y est établie dans » les mêmes conditions que celles que nous avons » adoptées. Elle produit les mêmes effets, soit » pour les créanciers, soit pour le débiteur (1) ».

Nous voilà donc parfaitement renseignés : le projet de 1888 qui est devenu, sauf quelques modifications de détail, la loi du 4 mars 1889, part des mêmes principes que celui de 1884. Or, comme ce dernier excluait expressément du nombre des effets de l'ouverture de la liquidation l'annulation rétroactive des actes du liquidé, il

(1) Lire ce rapport dans Roger Dufraisse, op. cit. p. 8, ou dans *Journ. officiel*, annexe n° 2761, p. 11.

s'ensuit que le jugement de liquidation ne produit aucun effet dans le passé.

Le silence des textes, loin de détruire la conclusion que nous venons de poser, ne fait que la confirmer. Pour admettre la rétroactivité du jugement d'ouverture de la liquidation, en effet, une disposition expresse était nécessaire car, de sa nature même, la liquidation judiciaire, tout entière basée sur la bonne foi, exclut l'idée de fraude. Cette absence de texte sur une question aussi discutable est d'autant plus significative que le législateur a pris soin d'énumérer tous les effets attachés au jugement de liquidation : suspension des poursuites individuelles (art. 5 al. 1^{er} modifié par la loi du 4 avril 1890), déchéance du terme (art. 8), cessation du cours des intérêts (ibid.), hypothèque au profit de la masse (art. 4 alin. 1), nullité des inscriptions de privilèges ou d'hypothèques postérieures à l'ouverture de la liquidation (art. 5 par. 2). A moins de prétendre que le législateur a fait œuvre inutile et que le renvoi général de l'article 24 suffisait pour autoriser l'application à la liquidation de tous les effets de la faillite, il faut dire que cette énumération est limitative (1). Or, comme il n'y est pas

(1) Personne n'a jamais songé à prétendre que les dispositions du Code de commerce sur l'incarcération du débiteur (art. 453) s'appliquaient au liquidé. On devrait pourtant bien l'admettre avec ce fameux article 24 de la loi de 1889, si on le considérait, ainsi que le font nos adversaires, comme un renvoi général à toutes les règles de la faillite que la loi sur la liquidation judiciaire n'a pas modifiées.

fait mention des nullités édictées par les articles 446-449 du C. com., c'est que ces nullités ne découlent pas du jugement d'ouverture de la liquidation.

Au surplus, si la loi nouvelle avait admis la solution contraire, elle nous eut dit au moins par qui serait engagée l'instance en nullité, car ici, il n'y a pas de syndic. Le liquidateur, qui est un simple curateur et non un administrateur, n'a pas reçu mission d'attaquer les actes frauduleux passés par le liquidé avant sa mise en liquidation, et quant au liquidé lui-même, il ne saurait se prévaloir de nullités qui ne doivent pas lui profiter. La loi eut également pris soin d'indiquer parmi les mentions que doit contenir le jugement d'ouverture de la liquidation, celle de la date de cessation de paiement; elle eut dit surtout que, bien qu'insusceptible de recours, ce jugement pourrait être attaqué quant à la date fixée comme étant celle de la suspension des paiements. Or, la loi est muette sur tous ces points.

De tout ce que nous venons de dire, il résulte, à n'en pas douter, que le jugement qui admet un commerçant au bénéfice de la liquidation judiciaire ne produit aucun effet dans le passé. Allons-nous soutenir pour cela que les nullités des articles 446 et suivants du Code de commerce ne reçoivent pas leur application en matière de liquidation judiciaire? Certains l'ont fait; mais

ils se sont heurtés à une objection irréfutable tirée de l'article 19, alin. 2-4° de la loi du 4 mars 1889. Ce texte nous dit en effet que la liquidation judiciaire devra être convertie en faillite « si, depuis la cessation des paiements ou dans les dix jours précédents, le débiteur a consenti l'un des actes mentionnés dans les articles 446, 447, 448 et 449 du Code de commerce, mais dans le cas seulement où la nullité aura été prononcée par les tribunaux compétents, ou reconnue par les parties. » Cette disposition resterait inexplicable si la liquidation judiciaire ne permettait pas l'application des articles 446-449.

Aussi, en présence de ce texte et du renvoi général de l'article 24, la majorité des auteurs ont prétendu que le jugement d'ouverture de la liquidation opérait rétroactivement et conséquemment faisait tomber les actes frauduleux accomplis par le liquidé après la cessation de ses paiements (1). Mais cette seconde opinion est aussi inadmissible que la première puisqu'elle est contraire à l'esprit de la loi qui n'a voulu attacher au jugement de liquidation aucun effet rétroactif.

La vraie solution est celle qui sait expliquer l'article 19 de la loi sans avoir recours à la prétendue rétroactivité du jugement de liquida-

(1) Sic Lyon-Caen. Manuel de dr. comm. p. 948, n° 1302. Boistel, notes sous Paris, 12 juillet 1889. D. P. 90, 2, 177 et Douai, 4 nov. 1889. D. P. 90, 2, 33. Courtois, op. cit. p. 170. Comp. Thaller. Traité élémentaire de droit commercial, n° 1520, p. 843.

tion. Or, une seule satisfait à ces conditions, c'est celle que nous avons déjà adoptée ailleurs et qui reçoit ici une nouvelle consécration, à savoir que les nullités des articles 446 et suivants naissent du simple fait de la cessation des paiements, indépendamment de tout jugement déclaratif de faillite ou de liquidation. Et l'on comprend avec ce système que le jugement d'ouverture de la liquidation n'ait pas à fixer la date de la cessation des paiements, puisque tout tribunal peut constater ce fait et en appliquer les effets. Quant à l'action en rapport, elle sera intentée conformément à une jurisprudence constante, en matière de faillite non déclarée, par les créanciers individuellement sans préjudice du droit pour le liquidateur d'agir au nom de la masse.

En résumé, nous soutenons que les articles 446-449 sont applicables à la liquidation judiciaire, non pas, comme le prétendent la plupart des auteurs, parce que le jugement de liquidation rétroagit, ce qui est inexact, mais parce que la nullité des actes prévus par la loi des faillites découle de la cessation des paiements (1).

Nos deux questions préliminaires résolues, nous allons entrer dans le vif de notre sujet.

(1) Bailly, *Annales de dr. comm.*, année 1889, 2. 60. Dalloz. supplém., n° 122.

Théorie générale de la période suspecte

Notre intention n'est pas, en abordant cette matière, d'étudier à fond le régime des nullités spéciales auquel la date de cessation de paiements sert de point de départ, ni d'embrasser les mille difficultés que suscite son application. Nous voulons seulement jeter une vue d'ensemble sur le système et examiner, chemin faisant, les principales controverses auxquelles il a donné lieu.

Le législateur, avons-nous dit, eut manqué de prévoyance, si, en organisant la faillite, il eut laissé sous l'empire du droit commun les actes faits par un commerçant depuis la cessation de ses paiements jusqu'au jour du jugement déclaratif. Mais à quel régime devait-il soumettre ces actes? Ce n'était pas chose facile que de résoudre cette question, car, si d'une part, il était nécessaire de sauvegarder les droits des créanciers, il n'importait pas moins, d'autre part, dans l'intérêt même du crédit, d'assurer le maintien des transactions régulières et loyales. Il y avait là deux intérêts opposés mais également respectables dont la loi avait à tenir compte. L'ordonnance de 1673 (art. 4, tit. XI) avait sacrifié l'intérêt des créanciers à celui du commerce en adoptant purement et simplement les règles insuffisantes du droit commun. Le Code de 1807, s'inspirant de la déclaration de 1702, était tombé

dans le défaut contraire : il faisait remonter le dessaisissement à l'époque de la cessation des paiements (art. 442) et soumettait à un régime spécial de nullités les actes accomplis dans les dix jours précédents (art. 443-446). Sans avoir, à beaucoup près, atteint la perfection, la loi de 1838 constitue sur les précédentes un véritable progrès : elle seule a su garder un juste milieu et concilier heureusement les intérêts en présence.

Sous la législation actuelle, il faut distinguer une triple période. La première a pour point de départ le jugement déclaratif de faillite ; dès ce moment, le failli est dessaisi de l'administration de ses biens, en sorte que tous les actes qu'il fait par la suite sont radicalement nuls (1). La seconde période a pour point initial la date de la cessation des paiements et même pour certains actes les dix jours précédents et elle a pour terme le jugement déclaratif : c'est la période suspecte dont nous avons à nous occuper. La troisième période, qui expire le jour où commence le temps suspect, est la période normale ; la loi des faillites ne s'en est pas préoccupée et cela se comprend : il n'y avait aucune bonne raison pour soumettre à un régime

(1) C'est à tort que certains auteurs prétendent que les actes du failli sont nuls comme faits par un *incapable*. Aucune loi n'édicte contre les faillis une incapacité de contracter : par conséquent ils demeurent capables. (arg. art. 1123). Ce qui est vrai c'est que le dessaisissement rend les biens du failli indisponibles. Il s'agit donc d'une *indisponibilité* et non d'une *incapacité*.

exceptionnel le débiteur qui satisfait régulièrement ses créanciers. L'action paulienne assure donc seule la répression de la fraude. Revenons à la période suspecte et voyons comment elle a été organisée.

Le législateur a distingué trois sortes d'actes : les aliénations à titre gratuit, les actes à titre onéreux qui n'interviennent qu'exceptionnellement dans la vie du commerçant et ceux qui sont d'usage courant dans le monde des affaires. Plaçant sur le même pied les actes à titre gratuit et ceux qui ne peuvent être considérés comme usuels, il frappe de nullité *ipso jure* tous ceux de ces actes qui auraient été accomplis depuis l'époque de la cessation des paiements ou même dans les dix jours précédents. Quant aux autres actes, ils ne sont pas nuls de plein droit ; ils peuvent seulement être rescindés quand ils ont été passés après la cessation des paiements avec des tiers qui ont connu cet état. Enfin, c'est aussi une nullité facultative qui frappe les inscriptions de privilèges ou d'hypothèques prises en temps suspect ; mais l'application en est subordonnée à des conditions spéciales. Tel est en bloc le système adopté par la loi de 1838.

Le caractère commun à toutes ces nullités, c'est qu'elles ne produisent d'effet que relativement à la masse. L'article 446 le dit expressément, et n'y

eut-il pas de texte, ce caractère devrait s'induire des principes mêmes de la faillite. En effet, la nullité des actes du failli ne tient pas à une incapacité de leur auteur, ni à une indisponibilité de ses biens, puisque, jusqu'au jour du jugement déclaratif de faillite, le commerçant conserve la plénitude de ses droits et la libre disposition de son patrimoine. Si la loi fait tomber les actes frauduleux ou simplement attentatoires au principe d'égalité qui est l'âme de la *faillite*, c'est uniquement pour assurer à tous les créanciers un sort égal devant le gage commun et pour en garantir la conservation à leur profit. Et de ce que la nullité des actes passés en temps suspect n'opère que dans l'intérêt de la masse, il résulte que le syndic a seul qualité pour agir. Ni le failli, ni ceux avec qui il a traité, ni même les créanciers individuellement, n'ont le droit de se prévaloir des nullités des articles 446 à 449. Toutefois si les créanciers ne peuvent en leur nom privé et personnel exercer les actions en rapport, du moins sont-ils toujours recevables à agir par la voie de l'action paulienne.

Le caractère relatif des nullités établies par la loi des faillites a fait naître une question d'une importance pratique considérable : c'est celle de savoir si, à la suite d'un concordat, la nullité des actes suspects peut encore être invoquée soit par le failli, soit par chacun de ses

créanciers. Pour ce qui est de ces derniers, on serait facilement enclin à leur méconnaître le droit de se prévaloir des articles 446 à 449 ; car les nullités qu'ils édictent n'appartiennent et ne profitent qu'à la masse et par l'effet du concordat la masse n'existe plus. Pourtant la thèse contraire est plus généralement enseignée, et avec raison, croyons-nous. Il est bien vrai que le concordat dissout la masse, mais cela ne veut pas dire que tous les droits conférés à la collectivité disparaissent avec elle. Le droit doit exister aussi longtemps que subsistent la cause qui l'a fait naître et les personnes intéressées à s'en prévaloir. Or, nous avons dit que la nullité des actes du failli a sa cause dans la nécessité d'assurer à tous les créanciers une égale situation et cette cause survit à l'obtention du concordat. Assurément, l'entité juridique à qui appartenait le droit de demander la nullité et qui s'appelle « la masse » n'existe plus ; mais elle a laissé des représentants, des ayants-cause dans la personne de chacun des créanciers. Dès lors n'est-il pas logique de reconnaître à chaque créancier, après concordat, la faculté d'exercer à titre individuel et dans la limite de son intérêt, les droits réservés à la collectivité dont il faisait partie. Le législateur a d'ailleurs consacré expressément cette solution en ce qui concerne l'hypothèque légale de la masse (art. 517 C. com.).

Tout au contraire, nous refusons absolument au failli concordataire le droit d'invoquer à son profit les nullités des articles 446 et suivants. Les actes qu'il a pu accomplir pendant la période suspecte demeurent quant à lui pleinement valables; car l'état de faillite dans lequel il se trouvait au moment où il les a passés n'est pas une cause d'incapacité. Les nullités des articles 446 à 449 ne sont pas faites pour le failli, elles sont établies uniquement dans l'intérêt de ses créanciers. Il n'a donc pas qualité pour les invoquer, pas plus après qu'avant le concordat. Il n'y a même pas à concéder, comme le font certains auteurs, que le failli concordataire doit pouvoir se prévaloir des nullités dont il s'agit lorsqu'elles ont été prononcées à la diligence des syndics avant le concordat. Vainement soutiendrait-on que le jugement de nullité profite au failli parce qu'il succède à tous les créanciers. Cela ne saurait être vrai pour des jugements qui, comme les jugements de nullité, ne sont rendus qu'au profit de la masse à l'exclusion du failli. Comment expliquerait-on que la reconnaissance d'un droit par justice ait pour effet de placer ce droit sur la tête d'une personne qui n'en jouissait pas auparavant? Il n'y a pas non plus à alléguer que refuser au failli concordataire le droit d'invoquer le jugement de nullité, « ce serait le mettre dans l'impossibilité d'exécuter les enga-

gements qu'il a pris dans le concordat. » En réalité, c'est toujours directement et principalement son propre intérêt qu'il arriverait à protéger et les nullités organisées par la faillite n'ont pas été édictées en sa faveur (1).

Nous allons maintenant étudier un peu dans le détail le système de nullités organisé par la loi des faillites. Il n'y a en réalité que deux ordres de nullités : les nullités de plein droit et les nullités facultatives. Mais comme parmi les nullités facultatives, celles qui frappent les actes à titre onéreux ne sont pas soumises aux mêmes conditions que celles qui affectent les inscriptions tardives de privilèges et d'hypothèques, nous les séparerons dans nos explications. Nous diviserons donc notre étude en trois parties correspondant à chacun des articles 446, 447 et 448, sans omettre d'examiner sous la deuxième partie la disposition de faveur de l'article 449.

I. — Nullités de plein droit

L'article 446 est ainsi conçu : Sont nuls et sans effet, relativement à la masse, lorsqu'ils auront été faits par le débiteur depuis l'époque déterminée par le tribunal comme étant celle de la cessation de ses paiements ou dans les dix jours qui auront précédé cette époque :

(1) En notre sens : Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, n° 1856, p. 4016. Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 2922. Boistel, n° 1052. *Contra* : Demangeat sur Bravard, t. V, p. 425.

Tous actes translatifs de propriétés mobilières ou immobilières à titre gratuit.

Tous paiements soit en espèces, soit par transport, vente compensation ou autrement pour dettes non échues, et pour dettes échues, tous paiements faits autrement qu'en espèces ou effets de commerce.

Toute hypothèque conventionnelle ou judiciaire et tous droits d'antichrèse ou de nantissement constitués sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées.

Plusieurs observations se dégagent de ce texte :

Tout d'abord, il est évident que la nullité qu'il édicte est bien une nullité de plein droit ; la loi commence par le dire en termes formels : « Sont nuls et sans effet.... ». Est-ce à dire que l'intervention des tribunaux ne soit jamais nécessaire en pareille matière ? Assurément non ; le syndic ne peut pas se dispenser de cette intervention si le tiers avec qui le failli a traité conteste que l'article 446 lui soit opposable. Mais alors, le juge saisi de l'action en nullité n'a d'autre mission que de constater si, par sa nature et par sa date, l'acte du failli tombe sous l'application de l'article 446, sans avoir égard aux circonstances de la cause, ni à la bonne foi des tiers. C'est la loi elle-même qui prononce la nullité : le juge doit se borner à en reconnaître l'existence et il ne jouit pour cela d'aucun pouvoir discrétionnaire.

La seconde remarque que nous suggère l'article 446, c'est qu'il frappe de nullité non seulement les obligations contractées depuis la date de la cessation des paiements, mais même celles qui ont eu lieu dans les dix jours précédents. On a maintes fois critiqué ce délai supplémentaire reproduit de la déclaration de 1702 et du Code de 1807 et ce n'est pas sans raison. N'y a-t-il pas en effet contradiction flagrante à admettre que la cessation des paiements d'un individu n'a commencé qu'à une date déterminée, que jusque-là le débiteur faisait honneur à ses affaires, jouissait de tout son crédit, et à soumettre au régime de nullité spécial à la cessation des paiements les actes accomplis dix jours avant qu'elle ne se produise ? Si ce délai de dix jours se comprenait dans la déclaration de 1702 où la faillite ne partait que du jour où elle devenait *notoire*, il ne s'explique plus dans les systèmes admis par le Code de 1807 et la loi de 1838 ; son maintien n'est que l'effet de la routine et de l'irréflexion (1).

En troisième lieu, à raison même de son caractère rigoureux et absolu, l'article 446 doit être strictement interprété et ne recevoir d'application

(1) Sic : Massé, t. 2, n° 1215. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n° 2729. *Contra* Renouard, t. 1, p. 364. Dalloz, supplém., n° 575. Le projet de 1884 supprimait ce délai, mais la loi du 4 mars 1889 n'a pas reproduit cette modification à la loi de 1838.

que dans les hypothèses dont il donne une énumération limitative.

Rappelons enfin que l'article 446 consacre formellement un principe qui gouverne toutes les nullités d'actes passés en temps suspect, à savoir qu'elles n'opèrent qu'au profit de la masse.

Nous avons dit que la nullité de plein droit dépend uniquement de la nature des conventions accomplies en temps suspect, abstraction faite des circonstances de leur formation et de la bonne foi des contractants. Quels sont donc ces actes dont l'article 446 prononce la nullité ?

La loi les divise en quatre classes : 1° Aliénations à titre gratuit ; 2° Paiements de dettes non échues quel que soit le mode de libération employé ; 3° Paiements de dettes échues faits autrement qu'en espèces ou en effets de commerce ; 4° Constitution d'hypothèque conventionnelle ou judiciaire, d'antichrèse ou de gage sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées.

Nous allons examiner séparément chacune de ces quatre catégories.

I. — DONATIONS

On comprend aisément qu'en tête de la liste des actes frappés de nullité pour avoir été faits en temps suspect, la loi ait inscrit les donations. Les aliénations à titre gratuit sont en effet celles

qui causent le plus grand préjudice à la masse puisqu'elles font sortir un bien du patrimoine qui lui sert de gage sans y faire rentrer aucune valeur. Et non seulement ce sont des actes dommageables : mais ce sont encore, de la part du failli du moins, des actes frauduleux. Il n'est pas possible de considérer comme sincère et loyal l'homme qui, ne pouvant plus payer ou à la veille de cesser ses paiements, se dépouille gratuitement et sans compensation au profit d'un tiers d'une partie de son actif. La bonne foi commande que le débiteur remplisse ses obligations avant de faire des libéralités : son patrimoine répond de ses dettes et il commet une injustice quand, étant en dessous de ses affaires, il dispose, au détriment de ses créanciers, du peu de biens qui lui reste encore pour en enrichir des personnes à qui il ne doit rien. *Nemo liberalis, insi liberatus*, voilà le principe. Nous ajoutons que l'annulation des donations ne porte pas préjudice au donataire même de bonne foi, puisqu'elle aboutit à lui retirer un avantage auquel il n'avait pas droit.

Ces raisons nous portent à déclarer nulle toute donation, qu'elle soit directe, indirecte, déguisée, modique ou rémunératoire (1). Toutefois, à ne considérer que la lettre de l'article 446,

(1) Il est bien vrai que la donation rémunératoire soit au moins pour partie l'équivalent des services rendus par le donataire. Mais il n'en est

on pourrait hésiter à en faire l'application aux actes à titre gratuit qui n'ont pas pour objet une translation de propriété. Le texte ne parle en effet que « des actes translatifs de propriétés mobilières ou immobilières à titre gratuit » (1). Il n'y a là qu'un simple vice de rédaction. Pour s'en convaincre, il suffit de rapprocher l'article 446 de l'article 447. Le dernier de ces textes vise « tous autres actes à titre onéreux » que ceux cités par le précédent ; il ne s'occupe pas du tout des actes à titre gratuit. Or, si l'article 447 ne régit pas les libéralités non translatives de propriété, c'est que l'article 446 les prévoit. Il y a du reste mêmes raisons pour frapper de nullité les obligations à titre gratuit consenties par le failli que pour faire tomber les actes translatifs de propriété.

C'est un point extrêmement discuté que de savoir si les donations faites en faveur du mariage peuvent être considérées comme des actes à titre gratuit ou doivent être rangées dans la catégorie des contrats à titre onéreux. La question a principalement son siège dans le droit civil ;

pas moins certain que le donateur n'était en aucune façon tenu de la faire et que s'il l'a faite c'est bénévolement et sans y être juridiquement obligé. Avant de songer à *récompenser* des services le failli devait commencer par *acquitter* ses dettes. L'esprit autant que le texte de l'article 446 le veulent ainsi. Voilà pourquoi nous prétendons que les donations rémunératoires sont nulles pour le tout.

(1) L'ancien article 444 ne visait que les actes translatifs de propriétés immobilières.

elle s'agit à propos de l'action paulienne de l'article 1167 dont le succès dépend ou non de la mauvaise foi des tiers selon qu'il s'agit d'un contrat à titre onéreux ou d'un acte de bienfaisance. Elle présente pour l'application des articles 446 et 447 un intérêt analogue puisque ce dernier n'atteint que les actes à titre onéreux passés par le failli avec des tiers ayant connu la cessation de ses paiements, tandis que le premier annule les donations faites par le failli, même si le donataire a ignoré l'insolvabilité de son bienfaiteur.

Sans entrer dans l'examen des différents systèmes qui ont été proposés pour résoudre cette difficulté, nous prétendons, en nous plaçant uniquement sur le terrain de l'article 446, que la constitution de dot est au respect de l'époux doté un acte à titre gratuit dont la nullité produit effet même à l'égard de son conjoint.

Nous disons d'abord que la dot est à l'égard de la personne dotée un acte de pure libéralité. En effet, l'époux bénéficiaire obtient, par la constitution de dot, un avantage dont il ne fournit pas la contre-partie, et, quant au constituant, il se dépouille, sans compensation, d'une partie de ses biens pour en enrichir le patrimoine du gratifié. Voilà bien, ce nous semble, de la gratuité. On a objecté pourtant que la dot étant affectée à l'exécution des charges du mariage, il n'en résul-

tait aucune libéralité pour l'époux doté. C'est là une grave erreur. L'obligation de supporter les charges du ménage découle du fait même du mariage et de la loi ; elle existe indépendamment de toute constitution de dot. « Une foule de donations, dit fort bien M. Guillouard, ont pour but d'aider le donataire à supporter les charges que sa condition lui impose, sans cesser pour cela d'être des donations, » et le distingué professeur cite avec beaucoup d'à-propos la donation d'une certaine somme faite par une personne à une autre pour lui permettre d'entrer en société (1). L'auteur de la dot obéit à une pensée absolument désintéressée : il cherche à faciliter, à favoriser l'établissement de l'époux bénéficiaire. Et d'ailleurs admettons même, pour un instant, que la constitution de dot engendre pour l'époux doté l'obligation de subvenir aux charges du ménage. Cette obligation n'apparaît que dans les rapports des époux entre eux et ce que nous avons uniquement à considérer ici ce sont les rapports du constituant tombé en faillite et de l'époux doté. Or, « entre le constituant » de la dot et l'époux bénéficiaire, dit M. Sar-
» rut, le contrat qui intervient est de pure
» bienfaisance, à titre essentiellement gratuit,
» puisque le bénéficiaire ne s'engage à rien en-
» vers le constituant, ne fournit ou ne pro-

(1) Guillouard, Thèse de Doctorat : De l'Action Paulienne, p. 216

» met rien qui soit pour le constituant l'équi-
» valent de la dot en tout ou en partie (art.
» 1104, 1105, 1106 C. civ.) » (1).

Au reste, ce qui démontre bien que la dot est une véritable libéralité, c'est — tout le monde l'admet — qu'elle est rapportable à la succession du constituant si elle est faite sans clause de préciput, réductible, si elle excède la quotité disponible et enfin révocable pour cause de survenance d'enfants. On nous oppose, il est vrai, que la constitution de dot astreint le constituant à l'obligation de garantie qui ne se retrouve que dans les contrats à titre onéreux. A cela nous répondons que l'obligation de garantie est de la nature, non de l'essence des contrats à titre onéreux, à telle enseigne que les parties sont toujours libres de l'écarter d'un contrat à titre onéreux et de la stipuler dans une convention à titre gratuit. Si, par exception, le législateur a cru bon de soumettre à la garantie la constitution de dot, c'est « *utilitatis causa* » et vraisemblablement à raison de la légèreté avec laquelle les parents promettent des dots qu'ils ne pourraient fournir. On a dit enfin que notre solution battait en brèche, ce grand principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales inscrit dans l'article 1395 du Code civil. Cela est inexact. Le principe qu'on nous oppose interdit bien aux époux de

(1) Note sous arrêt de cassation du 18 déc. 1895. D. P. 1898, 4, 193.

modifier soit directement, soit indirectement leur contrat de mariage, mais il ne touche en rien aux droits que les tiers avaient antérieurement acquis sur les biens constitués en dot.

Notre conclusion est donc, contrairement à ce que décide la jurisprudence, que la constitution de dot est un acte à titre gratuit, qui tombe sous le coup de l'article 446 du Code de commerce. Nous admettons d'autant plus volontiers cette opinion qu'elle empêche ce spectacle immoral d'un ascendant enrichissant ses enfants avec des biens qui appartiennent à ses créanciers.

Nous avons avancé en second lieu que la nullité de plein droit prononcée à l'encontre du bénéficiaire de la dot produit effet vis-à-vis de son conjoint; il nous faut maintenant justifier cette proposition. Pour mettre de l'ordre dans nos explications nous allons distinguer entre le cas où la constitution dotale a été faite au mari et le cas où elle a été faite à la femme : car, bien que notre solution soit unique, les raisons sur lesquelles elle s'appuie ne sont pas les mêmes dans les deux cas.

Supposons d'abord qu'il s'agisse d'une donation faite par contrat de mariage au mari. Nous disons que la nullité de plein droit qui peut atteindre une pareille donation dans les rapports du donateur et du mari opère à l'égard de sa femme, même si elle a été de bonne foi. En

effet, la future épouse reste complètement étrangère au contrat de constitution de dot, elle n'acquiert aucun droit sur la donation faite à son mari, lequel peut toujours en disposer comme bon lui semble ; elle n'a donc ni titre ni qualité pour écarter la nullité de l'article 446 du Code de commerce. D'ailleurs, en admettant même que par le fait du consentement de la femme au contrat de mariage un lien de droit se soit formé entre elle et le constituant, ce lien ne pourrait jamais être que celui qui rattache un donataire à son donateur. En effet, les raisons que nous avons invoquées pour soutenir que vis-à-vis de l'époux doté, la dot est faite à titre gratuit, s'applique avec plus de force encore à la femme de l'époux bénéficiaire, car on ne pourrait leur opposer ni l'obligation de supporter les charges du ménage, ni l'existence d'une action en garantie (art. 1540, 1440, 1547 C. civ.).

Si, maintenant, nous nous plaçons dans l'hypothèse où la dot a été constituée à la femme, nous prétendons que vis-à-vis du mari la constitution de dot est un acte à titre onéreux ; mais que cela ne le met pas à l'abri de la nullité de l'art. 446 C. comm. Que la constitution de dot soit au respect du mari de la femme dotée un acte à titre onéreux, cela ne peut pas faire de doute. C'est en vertu du contrat de mariage, contrat à titre onéreux, que le mari

acquiert des droits sur la dot de sa femme : celle-ci apporte sa dot à son mari et en retour le mari se charge de subvenir aux besoins du ménage, pour sa part et pour celle de sa femme. Sans doute, la nécessité de supporter les charges du mariage n'a pas sa cause dans le contrat de mariage, mais la réception de la dot augmente la mesure de cette obligation. La loi n'assujettit le mari à subvenir aux dépenses du ménage que pour sa part, la réception de la dot a pour effet de lui imposer en outre la part qu'aurait dû supporter sa femme dans les dépenses communes ; cette augmentation de charge est la contre-partie de l'émolument qu'il reçoit. Il y a d'ailleurs entre les apports de la femme et les obligations du mari une corrélation si étroite que dès l'instant où la société conjugale vient à se dissoudre les droits du mari sur la dot s'éteignent, quel que soit le régime matrimonial adopté par les époux. Le mari de l'épouse dotée est donc par rapport au constituant un sous-acquéreur à titre onéreux. Ce point étant acquis, si nous avons à faire application de l'article 1167 du Code civil, nous dirions que l'action paulienne ne réussira contre le mari qu'autant qu'il aura été de mauvaise foi à l'époque de la constitution de la dot, car la doctrine consacrée quand il s'agit de l'art. 1167 C. civ., c'est que la situation juridique du sous-acquéreur se règle d'après les

principes posés pour l'acquéreur du premier degré : la révocation ne peut être prononcée contre le sous-acquéreur que s'il a acquis à titre gratuit ou si, ayant acquis à titre onéreux, il a participé à la fraude. Au contraire, en matière de faillite, les termes généraux et absolus de l'article 446 C. com., nous empêchent de prendre en considération la bonne foi du mari. Ce texte déclare NULS ET SANS EFFET les actes gratuits translatifs de propriété mobilière ou immobilière. Or, puisque ces actes sont de plein droit, dès leur origine, frappés de nullité, ils n'ont jamais eu d'existence légale, de sorte que celui qui les a passés avec le failli n'a acquis aucun droit et par suite n'a pu en transmettre aucun à son cessionnaire. En d'autres termes, la nullité de l'article 446 est *in rem*; elle atteint l'acte lui-même, abstraction faite des personnes. S'il en est ainsi, il importe peu que le mari ait été de bonne foi; la constitution de dot, par le fait même qu'elle a eu lieu en temps suspect, est toujours radicalement nulle tant à son égard qu'à l'égard de sa femme (1).

(1) Sic Bravard et Demangeat, t. 5, p. 218 et suiv. et la note p. 219 et 268. Sarrut, note sous arrêt de Cass. du 18 déc. 1895. D. P. 98, 1, 193. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n° 2734 et la note. Caen, 7 mars 1870. D. P. 70, 2, 97 et la note de M. Bertauld. *Contra* : Thaller (Traité élémentaire de droit commercial n° 1611) considère la dot comme faite à titre onéreux au mari et à titre gratuit à la femme dotée. Sic Cass. Belgique, 9 janvier 1890. D. P. 94, 2, 315. Presque tous les tribunaux décident que la constitution dotale est un acte à titre onéreux à l'égard de l'un et de l'autre époux. V. notamm. Cass. 18 déc. 1895. D. P. 98, 1, 195.

Une autre difficulté existe, à propos de l'assurance sur la vie contractée

Il est intéressant de savoir si la donation est antérieure ou postérieure à l'époque de la cessation des paiements, car, dans le premier cas, elle ne peut être annulée que dans les conditions posées par l'article 1167 C. civ., tandis que dans le second cas, elle est nulle de plein droit aux termes de l'art. 446 C. com. Ce qui fait la difficulté, c'est que la donation est un contrat solennel qui exige acceptation expresse du bénéficiaire soit dans l'acte de donation soit dans un acte séparé notifié au donateur. On reconnaît généralement que la donation se place dans la période suspecte quand elle est acceptée au cours de cette période, bien qu'elle ait été offerte antérieurement ; l'acceptation est en effet un élément indispensable à la perfection du contrat. A notre avis, la même solution doit être admise quand la notification de cette acceptation a lieu après

par le failli au nom d'un bénéficiaire déterminé. Un certain nombre d'auteurs décident que la libéralité résultant de l'assurance tombe par application de l'art. 446 Code comm. (Lyon-Caen et Renault, t. II, p. 704, note 1 *in fine*). Nous repoussons cette solution. Le capital assuré n'a jamais figuré dans le patrimoine du failli puisque le droit de le recueillir a pris directement naissance dans la personne du bénéficiaire. Par suite, la masse n'a ni titre ni intérêt à demander la nullité de la libéralité résultant de la stipulation faite par l'assuré au profit du bénéficiaire de l'assurance. Seules les primes qui ont été fournies par le failli et de ses deniers peuvent être sujettes à rapport (V. Civ. rej. 27 mars 1888. D. P. 88, 1, 193 et la note. Cfr. Thaller. *Traité élémentaire de droit commercial*, n° 1612). Des auteurs n'admettent même pas que le montant des primes soit rapportable. « En droit, dit M. Lefort, les fruits des biens même indisponibles sont toujours disponibles (Jh. Lefort : Du droit de la femme bénéficiaire d'une assurance sur la vie, en cas de faillite, dans la *Revue générale du droit et de la législation*, tome de 1887, p. 42).

l'époque de la cessation des paiements ou dans les dix jours précédents. La donation n'a d'effet à l'égard du donateur, dit l'art. 932 C. civ., que du jour où l'acte qui constate l'acceptation lui a été notifié. Par conséquent, si cette notification intervient à un moment où, dans l'intérêt de ses créanciers, le donateur ne peut plus s'obliger gratuitement, elle sera inopérante (1).

Dans tous les cas, dès que la donation a été acceptée et que, dans l'hypothèse d'une acceptation par acte séparé, la notification en a été faite au donateur, celui-ci s'est définitivement dépouillé. Il importe peu, si la chose donnée est un immeuble susceptible d'hypothèque, que la transcription de la donation ait eu lieu pendant la période suspecte. La transcription n'est qu'une simple mesure de publicité prescrite dans les rapports du donataire avec les tiers, indépendante de la volonté du donateur et la loi ne dit nulle part que la cessation des paiements en rend l'accomplissement impossible (2).

II. — PAIEMENTS DE DETTES NON ÉCHUES.

Cette disposition n'a rien que de très rationnel. Le débiteur qui acquitte sa dette avant l'échéance

(1) Bravard et Demangeat, t. V., p. 220. Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 2735, p. 707. Demolombe, traité des contrats, t. XX, n° 450.

(2) Dans tous les cas, il faut, à peine de nullité de la donation à l'égard de la masse, que la transcription soit faite avant le jugement déclaratif de la faillite (arg. art. 941, C. comm.).

fait en somme une libéralité à son créancier ; il lui donne plus que ce à quoi il s'était obligé et en agissant ainsi, il le favorise au préjudice des autres créanciers. Les paiements anticipés sont d'ailleurs des actes anormaux qui, accomplis après la cessation des paiements, deviennent suspects à plus d'un titre. En thèse générale, l'acquittement d'une dette avant son échéance permettra de croire que le débiteur n'a pas voulu faire supporter par son créancier la perte que la faillite lui aurait imposée. Il sera même rare que ce fait ne soit pas le résultat d'une collusion entre le débiteur et son créancier, car il est impossible que le créancier accepte un paiement anticipé sans l'avoir provoqué ou du moins sans en connaître le motif. Dans tous les cas, il n'y a pas à se préoccuper de la bonne ou de la mauvaise foi des parties : la règle est absolue.

Il n'y a pas davantage à distinguer si les dettes non échues sont civiles ou commerciales (1), s'il s'agit du paiement de la chose convenue ou d'une dation en paiement. Le texte est général, il s'étend à « tous paiements pour dettes non échues ».

Que faut-il entendre par dette non échue ?

Une dette non échue est celle que le créancier n'a pas encore actuellement le droit d'exiger en

(1) L'ancien article 446 n'annulait que les paiements de « dettes commerciales ».

justice ou, ce qui revient au même, celle que le débiteur ne peut être tenu de payer immédiatement.

Pour apprécier si une dette est ou non échue, c'est au moment où le paiement en est effectué qu'il faut se placer. Était-elle alors exigible? Elle échappera à l'application de l'article 446, quand bien même cette exigibilité n'aurait pris date qu'au cours de la période suspecte. Au contraire, la dette n'était-elle pas encore exigible au moment où elle a été acquittée? Le paiement sera nul de plein droit, alors même que l'échéance serait survenue avant la déclaration de faillite. Peu importe, également, que la dette ait pris naissance avant ou pendant la cessation des paiements.

Le texte cite parmi les paiements de dettes non échues les paiements, soit en espèces, soit par transport, vente, compensation. Nous ne le suivrons pas dans cette énumération forcément incomplète et qu'il a d'ailleurs laissée inachevée en comprenant sous ces expressions « *ou autrement* » tous les autres modes de libération. Disons seulement un mot des trois sortes de datations en paiement que la loi nous cite.

Ce que l'article 446 entend sous la dénomination de « *paiement par transport* », c'est la cession de créances. Or, on n'ignore pas que, pour avoir son efficacité, la cession de créances doit être

signifiée au débiteur cédé. La question s'est posée dès lors de savoir si une cession de créance consentie par le failli à son créancier avant la période suspecte est valable, bien qu'elle ait été signifiée au cours de cette période. Pour notre part, nous n'hésitons pas à admettre l'affirmative. La cession devient parfaite par la remise du titre, indépendamment de toute signification. Celle-ci n'a d'autre effet que d'assurer au cessionnaire un droit privatif sur la créance cédée. D'ailleurs cette signification n'a par elle-même aucun caractère frauduleux : elle est l'œuvre exclusive du cessionnaire, tandis que l'article 446 ne vise que les actes faits par le débiteur (1).

Sous ces expressions « *paiements par vente* », la loi a voulu désigner toutes dations en paiement consistant dans la translation de propriété d'objets mobiliers ou immobiliers au profit du créancier et à titre de paiement. Enfin, en nous parlant de « *paiements par compensation* », le législateur n'a pu avoir en vue que la compensation conventionnelle, la compensation légale étant un fait normal qui s'opère de plein droit et en dehors de la volonté des parties (2). C'est à propos du compte

(1) Sic : Lyon-Caen et Renault, t. II, p. 721, note 3. Dalloz, suppl. n° 655. Demangeat sur Bravard, t. V, p. 228. *Contra* Bedarride, t. I, n° 113 et suiv. Renouard, t. I, p. 378 et suiv.

(2) Les auteurs de la loi se sont d'ailleurs formellement expliqués sur ce point, v. séance du 29 mars 1833.

Sic C. de Saint-Denis (Ile de la Réunion), 8 juin 1894. D. P. 97, 2, 81. De la possibilité de la compensation légale en temps suspect, l'arrêt en

courant que la règle de la nullité des paiements par compensation a soulevé les plus grosses difficultés. N'ayant pas ici la place de les examiner en détail, nous nous bornerons à donner notre avis sur la question de savoir si on peut invoquer la nullité des paiements par compensation pour obtenir le rapport des remises en espèces ou en effets de commerce faites en exécution d'un compte courant. Pour les remises en espèces nous disons : le principe de l'indivisibilité du compte courant veut que les créances perdent leur individualité en entrant dans le compte, pour se transformer en articles de débit et de crédit dont la balance fera ressortir un solde qui sera seul exigible et qui, par conséquent, constituera seul aussi une véritable dette. Il suit donc de là que les remises faites entre parties se trouvant en compte courant ne peuvent être assimilées à des paiements de dettes non échues par voie de compensation conventionnelle, nuls aux termes de l'article 446 du Code de commerce (1).

Quant à la remise d'effets de commerce faite en compte courant, elle est toujours effectuée sous la condition « *sauf encaissement* », de sorte

déduit que le créancier au profit duquel elle s'opère n'est pas recevable à prendre part aux opérations de la faillite et spécialement à attaquer une décision judiciaire qui la concerne.

(1) Tous les auteurs sont en ce sens. Cass., 10 mai 1865, D. P. 65, 1 230. Conf. Dalloz, suppl., n° 633.

que les dits effets revenus impayés peuvent, après la faillite de l'envoyeur au crédit duquel ils ont été inscrits, être contrepassés au débit de son compte. Il ne saurait ici être question de compensation ; la contrepassation des écritures n'est que l'exécution d'une convention expresse ou tacite antérieure au jugement déclaratif. C'est donc en vain qu'on objecterait que la déclaration de faillite met obstacle à la compensation (1).

La nullité des paiements de dettes non échues a suscité une très grave controverse au cas où la provision d'une lettre de change antérieurement créée est fournie par le tireur avant son échéance et après l'époque de cessation des paiements. Certains auteurs prétendent que ce cas ne tombe pas sous l'application de l'article 446 (2). Si la lettre de change a été acceptée, disent-ils en substance, le tireur, en envoyant provision, ne fait qu'exécuter une obligation dont il était tenu envers le tiré, et lorsqu'il n'y a pas eu acceptation, c'est envers le preneur ou le tiers porteur que le tireur s'acquitte en fournissant provision. « Le tireur dit au tiré *do ut des*, c'est-à-dire qu'il fait avec le tiré un contrat à titre onéreux, un contrat *sui*

(1) Lyon-Caen et Renault, t. I, n° 1434. Feitu, p. 172. Civ., 10 janv. 1872, D. P. 72, 1, 102. Conf. Dalloz, suppl., n° 636.

(2) Demangeat sur Bravard, t. V., p. 256. Boistel, n° 945. Cass., 17 déc. 1850, D. P. 51, 1, 29. 30 mai 1859, D. P. 59, 1, 462. 24 janv. 1860, D. P. 60, 1, 71. Toulouse, 7 juin 1860 et 9 mars 1882; Amiens, 2 mai 1882. Journ. des faillites 1882, p. 468.

generis qui n'a été aucunement prévu dans l'article 446. » Nous soutenons, au contraire, que l'envoi de la provision fait après la création de la lettre de change et avant son échéance doit être considéré comme un paiement de dette non échue, s'il a lieu en temps suspect. Nous admettons bien que la remise d'une provision faite postérieurement à la création de la lettre de change n'est que l'exécution d'une obligation; c'est un paiement. Mais la question est de savoir à quelle époque ce paiement devient exigible. Or, l'article 116 du Code de commerce nous apprend que le tireur n'est tenu de faire la provision qu'à l'échéance. Par conséquent, quand l'envoi de la provision est antérieur à l'échéance, il constitue bien un paiement de dette non échue. Dans un seul cas cet envoi anticipé doit être considéré comme un paiement normal simplement annulable, dans les conditions posées par l'art. 447 C. com.; c'est lorsque le tiré refuse de revêtir la lettre de change de son acceptation, car alors la loi oblige le tireur à donner caution ou à rembourser le montant de la lettre de change. Encore faut-il que le défaut d'acceptation ait été dûment constaté et notifié au tireur (1).

(1) Sic Renouard, t. I, p. 372. Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 2740 et la note Dalloz, suppl. n° 594.

III. — PAIEMENTS DE DETTES ÉCHUES FAITS AUTREMENT QU'EN ESPÈCES OU EFFETS DE COMMERCE.

L'article 446 qui annule uniformément tous les paiements anticipés, quel que soit le mode employé par le débiteur pour se libérer, fait au contraire, au cas de dette échue, une distinction essentielle entre les paiements en espèces ou en effets de commerce et les dations en paiement ; il valide le premier mode de libération et annule de plein droit le second. Pourquoi le législateur s'est-il montré plus sévère pour les dations en paiement que pour les paiements proprement dits ?

Il y a à cela plusieurs raisons.

Payer ce à quoi on s'est obligé n'a rien que de très naturel et de très normal. Le débiteur qui exécute ses engagements fait un acte qu'il est forcé de faire ; de même, le créancier à qui le paiement est offert ne peut pas le refuser. Le paiement, quand il consiste dans la prestation de la chose convenue, n'implique donc *par lui-même* aucune mauvaise foi, aucune intention dolosive ni de la part du débiteur, ni de la part du créancier. Seules des circonstances extrinsèques peuvent démontrer que le créancier a connu la détresse de son débiteur.

Il en est tout autrement de la dation en paiement. Elle permet d'éteindre les obligations ; mais

c'est une voie détournée, insolite, dont l'emploi laisse justement planer le soupçon sur ceux qui la suivent. Pour que le débiteur obtienne sa libération en donnant à son créancier autre chose que ce qu'il lui avait promis, il faut qu'il y ait eu entre eux accord préalable. Or, la coexistence d'un pareil accord avec la cessation des paiements rend bien suspectes les intentions des parties. Ce n'est pas sans raison qu'elles changent après coup la chose qui fait l'objet de l'obligation, la cessation des paiements du débiteur y sera rarement étrangère.

Et puis, est-il possible que le créancier, qui, au lieu de recevoir des espèces ou des effets, reçoit d'autres objets mobiliers ou des immeubles, ne soit pas instruit par ce fait même de la situation précaire de son débiteur ? Si ce dernier est obligé, pour acquitter une dette de somme d'argent, d'offrir des marchandises ou des biens fonds, c'est qu'il n'a plus d'argent en caisse ni de valeurs en portefeuille ; c'est, pour tout dire, qu'il est en état de cessation de paiements. Par conséquent, en se couvrant de sa créance par équivalents, le créancier n'a pas été de bonne foi, il a reçu sachant que son débiteur ne pouvait plus payer.

Faut-il ajouter enfin que, si la dation en paiement n'était pas nulle de plein droit, le débiteur aurait beau jeu pour déguiser sous

cette forme une libéralité au profit de son créancier. Dans bien des cas, en effet, il serait difficile de savoir si l'objet donné en paiement n'a pas une valeur supérieure à celle de l'objet dû.

Telles sont les puissantes considérations qui justifient l'application de l'article 446 aux dations en paiement de dette échues.

Il y a donc grand intérêt à savoir si l'acte par lequel un débiteur se libère constitue une dation en paiement ou un paiement proprement dit, puisque, dans le premier cas, il est nul de droit, tandis que, dans le second, il est simplement annulable en vertu de l'article 447 du Code de commerce. Aussi, allons-nous nous arrêter quelques instants pour préciser ce qu'il faut entendre par paiement proprement dit. Nous aurons par là même circonscrit le champ d'application de l'article 446 quant aux paiements des dettes échues.

La loi parle tout d'abord du paiement *en espèces*. Si l'on prenait ces expressions à la lettre, il n'y aurait que les prestations en numéraire qui échapperaient à la nullité de plein droit. Mais ce serait faire violence au sens commun et très certainement méconnaître la pensée du législateur que de restreindre de cette façon la portée de l'article 446. Il est bien évident que, en employant les mots paiements en espèces, la loi a eu en vue le cas le plus ordinaire où la dette

a pour objet une somme d'argent ; mais il n'est pas douteux que la règle doit être la même, puisque les raisons sont identiques, toutes les fois que le débiteur paie la chose due, quelle qu'en soit la nature. Au contraire, il y aurait dation en paiement, nulle aux termes de l'article 446, si, obligé de livrer des marchandises, un débiteur fournissait de l'argent à son créancier pour en tenir lieu. Nous n'insistons pas davantage sur ce point qui nous paraît indiscutable.

Au paiement en espèces, le législateur a assimilé le paiement en effets de commerce et cela s'explique. Les effets de commerce jouent, dans la pratique des affaires, un rôle aussi considérable que la monnaie métallique. Bien que ce mode de paiement exige le consentement du créancier, il est entré profondément dans les usages du commerce et son emploi est d'autant plus fréquent que sa circulation facile se prête bien à la multiplicité et à l'étendue des transactions commerciales.

Mais que faut-il entendre par effets de commerce ?

Cette dénomination s'applique à toute valeur de circulation dont l'établissement et la transmission sont soumis aux règles tracées par le Code de commerce (1). De cette définition, il résulte à n'en pas douter que la lettre de change,

(1) Civ., 29 juin 1870; D. P. 71, 4, 289.

le billet à ordre et *a fortiori* le chèque, sont des effets de commerce; et il n'y a pas lieu de distinguer entre les effets créés par le débiteur et ceux qui lui ont été remis par des tiers; les termes de la loi sont généraux. Toutefois, le paiement effectué au moyen d'une lettre de change à terme tomberait sous le coup de l'art. 446, si la provision avait été fournie postérieurement à la création de l'effet et avant son échéance, quelle que soit la nature de cette provision: ce mode de paiement constitue, en effet, nous l'avons dit, l'acquittement d'une dette non échue (1). De même, serait nulle, quelle que soit sa date, la remise de la provision d'une lettre de change donnée en paiement par le tireur à l'un de ses créanciers, si cette provision avait été fournie en marchandises, nul aux termes de l'article 446 C. com. (2).

Plusieurs autres hypothèses font difficulté. La règle qui doit nous servir à les résoudre toutes, c'est qu'en principe toute prestation qui n'est pas de la chose originairement convenue est nulle de droit. L'assimilation que la loi fait des paiements en effets de commerce aux paiements en espèces a un caractère exceptionnel et doit recevoir une interprétation restrictive.

(1) Req., 3 avril 1883, D. P. 85, 1, 22.

(2) Amiens, 9 juin 1882, D. P. 85, 1, 22.

A la lumière de cette règle nous décidons que les coupons échus et au porteur ne sont pas des effets de commerce. Ce ne sont pas des valeurs de circulation, des instruments de paiement ayant cours comme la monnaie, à tel point que le créancier ne puisse, d'après l'usage, les refuser (1).

Il n'y a pas non plus d'analogie possible entre les effets de commerce et des bons de marchandises ou une facture acquittée, ou une reconnaissance de dette civile. Ces titres ne constituent pas des instruments habituels de crédit; ils sont même si peu reçus en paiement que leur emploi comme mode de libération implique toujours une entente entre le débiteur et son créancier (2).

La question est beaucoup plus délicate en ce qui concerne les récépissés et warrants de marchandises déposées aux magasins généraux. Ce sont des titres à ordre, transmissibles par voie d'endossement, comme la lettre de change ou billet à ordre. Doit-on conclure de là loi que la remise faite par un débiteur à son créancier d'un récépissé et d'un warrant ou de l'un de ces deux titres constitue un paiement en effets de commerce? Cette question n'est pas, selon nous,

(1) Sic Lyon-Caen et Renault, t. II, p. 714, note 1. Ruben de Couder, v^o faillite, n^o 365. Boistel, p. 673. Conf. Dalloz, suppl., n^o 615.

(2) Ruben de Couder, v^o faillite, n^{os} 368-370.

susceptible d'une réponse absolue; des distinctions sont à faire entre le warrant et le récépissé. Le récépissé est le titre de propriété des marchandises consignées aux magasins généraux. L'endossement de ce titre a pour effet de donner au porteur le droit de disposer de ces marchandises. Par conséquent, la remise d'un récépissé avec ou sans le warrant est une véritable dation en paiement, soit que le créancier prenne les marchandises pour se couvrir de son dû, soit qu'il les réalise pour se payer sur le prix de la vente. Quant au warrant détaché du récépissé, une distinction très rationnelle s'impose : si c'est le débiteur qui a lui-même détaché le warrant du récépissé pour l'endosser à l'un de ses créanciers, il a fait une véritable constitution de gage sur un bien dont il a entendu rester propriétaire en gardant par devers lui le récépissé. Si, au contraire, il a simplement endossé au profit de son créancier un warrant qu'il avait en portefeuille et qu'il tenait d'un tiers, le warrant devra être considéré comme un véritable effet de commerce. Le warrant séparé du récépissé est une sorte de billet à ordre garanti par un gage (1).

Nous avons dit déjà que la compensation légale

(1) Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 2749. Boistel, n° 951. Dalloz, suppl. n° 623. Masse (t. II, n° 1224), nous dit bien que les warrants ne peuvent être considérés comme des effets de commerce; mais il se place uniquement dans l'hypothèse où le warrant a été endossé par le propriétaire des marchandises warrantées.

échappe aux nullités des art. 446 et 447. Or, pour que la compensation soit légale, il faut que les dettes à compenser soient à la fois liquides et exigibles. Malgré l'absence de ces conditions, les parties peuvent toujours valablement convenir, en temps normal, que leurs dettes respectives se compenseront à due concurrence. En est-il de même quand l'accord des parties en vue de rendre la compensation possible intervient pendant la période suspecte ? La réponse est facile, lorsque l'obstacle à la compensation tient au défaut d'exigibilité des dettes ; elle nous est donnée par l'art. 446 lui-même qui annule de plein droit « tous paiements par compensation pour dettes non échues ». Mais que décider quand il s'agit de dettes exigibles et non liquides ? Faut-il admettre ici l'application de l'art. 446 ? M. Labbé (1) ne l'a pas pensé ainsi. Pour lui, la question n'est pas susceptible d'une réponse absolue ; elle doit être résolue diversement selon que les dettes se compensent intégralement ou que, par le fait de leur inégalité, la compensation laisse subsister un excédent. Quand les dettes sont d'égale valeur, leur liquidation opérée en temps suspect ne tombe pas, d'après M. Labbé, sous le coup de l'article 446. Il est évident, en effet, que l'état de cessation des paiements n'empêche pas la

(1) Voir dissertation de M. Labbé, sous arrêt de Cass. du 27 juin 1876, S. 77, 1, 241.

compensation judiciaire. « Or, dit l'éminent juris-
» consulte, ce qui peut se faire en justice, peut-il
» se faire extrajudiciairement et à l'amiable ?
» Pourquoi non, puisque, moyennant quelques
» frais, le même résultat serait atteint devant le
» juge ? D'ailleurs, déclarer valable un tel accord
» des parties pour liquider et compenser, c'est
» le soustraire à la nullité radicale de l'article 446,
» tout en laissant aux juges la faculté de l'annu-
» ler aux termes de l'article 447, s'il a été con-
» clu en connaissance de l'état de cessation de
» paiements. » Quand la balance des deux dettes
fait ressortir un excédent de l'une sur l'autre,
deux situations peuvent encore se présenter :
ou le paiement réel de l'excédent a été effectué
ou il ne l'a pas été. Dans ce dernier cas
M. Labbé estime que la nullité radicale de l'ar-
ticle 446 s'applique car « le dessein de prépa-
» rer la compensation est plus apparent. » Au
contraire, lorsque la liquidation a été suivie du
paiement réel du solde, il décide que la com-
pensation doit subir le même sort que le paie-
ment : ou le paiement sera annulé en vertu de
l'article 447 et la compensation disparaîtra avec
lui ; ou le paiement sera inattaquable et la com-
pensation échappera à la nullité. « Maintenir le
» paiement et anéantir la compensation nous
» paraît inéquitable, dit l'auteur de ce système,
» car c'est transformer en paiement partiel un

» paiement accompli pour solde..... La compen-
» sation n'est pas plus dommageable à la masse
» que le paiement réel qui le suit. Tout est
» accompli en vue d'un paiement, pour mesurer
» l'étendue d'un paiement qui, par hypothèse,
» est irrécusable. La seule chose à considérer
» pour les juges est, suivant nous, celle-ci : Le
» créancier qui a traité avec le commerçant,
» depuis tombé en faillite, et qui a suivi la
» marche régulière pour arriver à son paiement,
» connaissait-il ou non l'état de cessation de
» paiements de son créancier? En d'autres ter-
» mes, l'art. 447 trouve son application et non
» pas l'art. 446. Le paiement et la compensation
» ne doivent pas être séparés ».

Bien que cette théorie nous séduise, nous ne pouvons l'adopter, parce qu'elle est en contradiction formelle avec la loi. L'article 446 nous dit en termes généraux et impératifs : « Sont nuls et sans effet.... pour dettes échues, tous paiements faits autrement qu'en espèces ou effets de commerce ». Ce texte est bien clair : il valide, sauf application de l'art. 447, le paiement ordinaire et frappe de nullité sans aucune distinction tous les autres modes de libération. La nullité de l'article 446 atteint donc dans tous les cas les paiements par compensation conventionnelle. La logique consacre la thèse soutenue par M. Labbé, mais la loi la condamne et nous force à la repousser. C'est bien le cas de dire : *Dura lex, sed lex*.

IV. — CONSTITUTIONS D'HYPOTHÈQUES CONVENTIONNELLES OU JUDICIAIRES ET DE NANTISSEMENTS SUR LES BIENS DU DÉBITEUR POUR DETTES ANTÉRIEUREMENT CONTRACTÉES. ●

La nullité dont la loi des faillites frappe cette dernière catégorie d'actes est subordonnée à la double condition suivante : 1^o que les sûretés mobilières ou immobilières affectent des biens du débiteur ; 2^o qu'elles garantissent des dettes préexistantes.

La première condition s'explique d'elle-même. On comprend parfaitement, en effet, que la loi respecte les droits consentis par un tiers sur ses propres biens en garantie de la dette d'un commerçant en état de cessation de paiements. Qu'importe à la masse que le créancier au profit duquel a été constitué le nantissement ou l'hypothèque ait amélioré sa situation, puisque ce n'est pas à son détriment. Quel intérêt aurait-elle à faire tomber un acte dont l'accomplissement n'a pas modifié le patrimoine qui lui sert de gage et dont l'annulation ne lui profiterait en rien ? Il était tellement évident que la nullité de plein droit devait uniquement frapper les sûretés affectant les biens du débiteur que le législateur eut pu sans inconvénient se dispenser de le dire. Ajoutons que les mêmes raisons expliquent que les sûretés personnelles échappent à l'application de l'article 446.

Quant à la seconde condition qui restreint la nullité du gage ou de l'hypothèque au cas où ils sont constitués pour sûreté de dettes préexistantes, elle est une innovation de la loi de 1838. La Déclaration de 1702 faisait table rase de toutes les causes de préférence qui n'avaient pas été établies dix jours au moins avant que la faillite ne devint notoire. Adoptant le même système, le Code de 1807 disait dans son article 443 : « Nul ne peut acquérir privilège ni hypothèque sur les biens du failli dans les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite. Cette disposition rigoureuse et absolue entraînait dans la pratique d'injustes conséquences. Exemple : une personne consent à prêter une certaine somme sur hypothèque à un commerçant et, moins de dix jours après, la faillite de l'emprunteur s'ouvre. Sous l'empire du Code de commerce, l'acte de prêt était maintenu et l'hypothèque annulée. La loi scindait donc une opération qui, dans l'intention des parties, devait être indivisible. Elle supprimait certaines conditions du contrat et maintenait les autres sans voir que les clauses qu'elle détruisait avaient été précisément la cause déterminante de celles qu'elle respectait. Pour être logique, il eut fallu au moins ou tout annuler ou tout valider. Quoi qu'il en soit, ce système nuisait considérablement au crédit des commerçants. On comprend en effet

qu'il ne leur était pas facile de se procurer des fonds, eussent-ils été propriétaires d'immeubles de grande valeur. En demandant à emprunter, ils laissaient croire à une situation embarrassée ; personne dans ces conditions n'osait leur avancer de l'argent, de crainte que la faillite venant à éclater dix jours après, ne fit tomber les garanties qui auraient assuré le remboursement de la somme prêtée. Injuste dans ses conséquences, le système du Code de commerce l'était aussi dans son principe. En effet, si, en matière de faillite, la loi annule *ipso jure* certains actes, c'est parce qu'ils sont ou suspects ou préjudiciables à la masse. Or, la constitution d'un gage ou d'une hypothèque n'est pas toujours un acte frauduleux ou dommageable. Vous avez une fortune immobilière importante, mais votre actif liquide est insuffisant pour subvenir aux besoins de votre commerce. Vous trouvez quelqu'un qui veut bien vous procurer de l'argent à la condition que, pour sûreté de sa créance, vous lui consentiez une hypothèque sur vos immeubles. Une pareille convention est-elle préjudiciable à la masse ? Aucunement. Est-elle au moins suspecte ? Pas davantage. Le créancier était libre de prêter ou de ne pas prêter ; il n'y a consenti qu'avec des garanties de remboursement, c'était son droit ; on ne peut lui faire grief d'en avoir usé. Ah ! sans doute, la situation ne serait plus la même si, au lieu

d'être née en même temps que la créance, l'hypothèque ou le nantissement n'intervenait que postérieurement. Alors, véritablement, on pourrait dire que le créancier a obtenu une faveur qu'il n'était pas en droit d'exiger. Alors, il serait exact de soutenir que ce créancier s'est fait sa part meilleure au détriment des autres. C'est dans ce cas seulement que la nullité de l'hypothèque se comprend et s'impose. Et cette nullité n'a pas pour effet de scinder un contrat indivisible, puisque la créance et l'hypothèque sont nées de deux opérations différentes, l'une principale et l'autre accessoire ; on peut donc fort bien maintenir le principal et annuler l'accessoire. Ce fut précisément le tort du législateur de 1807 de soumettre à une règle unique deux cas bien distincts : celui où un créancier qui n'avait d'abord demandé aucune garantie s'est fait constituer après coup une hypothèque ou un nantissement et celui où, au moment même de traiter, le créancier, maître de ses droits, a exigé des sûretés et en a fait la condition même de son contrat. La loi de 1838 a heureusement évité cette regrettable confusion en n'annulant de plein droit que les privilèges et hypothèques consentis pour garantir des dettes préexistantes.

Si la règle adoptée par le législateur de 1838 doit être approuvée sans réserves, on ne peut en dire autant des expressions dont il s'est servi

pour la formuler. Ces mots « pour dettes antérieurement contractées » prêtent singulièrement à l'équivoque. Comment faut-il apprécier l'antériorité de la dette? Est-ce par rapport à la période suspecte? Est-ce au contraire par rapport à la date de la constitution du gage ou de l'hypothèque? Certains ont interprété ces mots en ce sens que la dette devait avoir pris naissance avant la cessation des paiements et il faut avouer que les termes de l'art. 446 ne contredisent pas cette interprétation (1). Mais les travaux préparatoires et l'esprit général de la loi nous démontrent qu'il faut et qu'il suffit que la dette ait préexisté aux sûretés, abstraction faite de la question de savoir si elle est née avant ou pendant la période suspecte (2).

Le texte parlant de dettes « contractées » semblerait faire croire que la nullité de plein droit ne frappe pas les garanties données pour dettes issues d'un délit ou d'un quasi-délit. Mais c'est encore là une expression mal choisie. Le législateur a probablement eu en vue le cas le plus fréquent sans vouloir pour cela exclure les autres de la nullité qu'il édictait. Pourquoi d'ailleurs aurait-il distingué entre les dettes nées d'un

(1) Renouard, t. I, p. 384, n° 29.

(2) M. Quenault, rapporteur, interrogé à ce sujet, a répondu que les mots « pour dettes antérieurement contractées » s'appliquent à toutes dettes nées avant la constitution d'hypothèque (*Moniteur* du 31 mars 1838), v. Req. 11 juillet 1881. D. P. 82, 1, 296.

contrat et celles qui résultent d'un délit ou d'un quasi-délit, puisque les raisons de décider sont les mêmes ?

Les conditions d'application de l'alinéa final de l'art. 446 étant ainsi précisées, voyons quels sont les actes qu'il vise.

Le texte parle d'abord de l'hypothèque conventionnelle et par là il faut entendre non seulement l'hypothèque immobilière qui existait seule lors de la confection de la loi, mais aussi l'hypothèque maritime sur les navires instituée par les lois du 10 décembre 1874 et du 10 juillet 1885. Cela ne peut pas faire de doute.

Il importe de bien observer que l'article 446 se préoccupe uniquement de la constitution d'hypothèque et non pas de son *inscription* qui est réglée par l'article 448.

Pour savoir si une hypothèque est ou non postérieure à la créance dont elle assure le remboursement, c'est à la date de l'acte notarié qui la constate qu'il faut se reporter. L'hypothèque est en effet, aux termes de l'article 2127 du Code civil, un contrat solennel qui ne prend naissance et ne produit effet à l'égard des tiers que du jour où il est constaté par acte passé en la forme authentique. Par conséquent, une simple promesse d'hypothèque consignée dans un acte sous seing privé contemporain de la créance ne

saurait échapper à l'application de l'article 446 C. com. (1).

La jurisprudence a été appelée à statuer sur le sort de l'hypothèque consentie pour garantir non seulement une créance née le jour de sa constitution, mais encore une créance préexistante. Faisant une juste application des principes, elle a admis que l'hypothèque devait être annulée relativement à la première créance et maintenue quant à la seconde. Toutefois, il n'est pas douteux que l'hypothèque devrait être annulée pour le tout si le second contrat n'était que le prix de la garantie dont on avait voulu entourer la créance primitive (2).

La loi place l'hypothèque judiciaire sur la même ligne que l'hypothèque conventionnelle. C'est dire que, dans tous les cas, l'hypothèque judiciaire sera nulle *ipso jure*, puisque les jugements étant par nature déclaratifs de droits préexistants, l'hypothèque qui en découle garantit nécessairement des dettes antérieures. La loi manque donc de logique ou plutôt de clarté en paraissant subordonner la nullité de l'hypothèque judiciaire comme celle de l'hypothèque conventionnelle à l'antériorité de la créance. Si c'était là la seule critique qu'on puisse faire de notre dis-

(1) Paris, 7 juillet 1886. Dalloz, supplém., n° 638, note 1.

(2) V. Dalloz, suppl., n° 639 Demangeat sur Bravard, t. V, p. 241. Conf. Bedarride, t. I, n° 123.

position, nous ne regretterions pas sa présence dans la loi des faillites. Bien au contraire, nous y applaudirions avec M. Thaller (1), parce qu'elle a au moins le mérite d'écarter dans un cas l'hypothèque judiciaire, cette institution surannée que nous voudrions voir disparaître de notre législation. Mais, telle que la prononce l'article 446, la nullité de l'hypothèque judiciaire consacre une injustice et voilà ce qui rend cette mesure peu recommandable. Supposons que deux actions ont été exercées le même jour contre un commerçant devant deux tribunaux différents et à une époque où ce commerçant était encore en possession de tout son crédit. Soit parce que la procédure de l'un des deux tribunaux saisis est plus rapide que celle de l'autre, soit parce que le rôle de ses audiences est moins chargé, il arrive que l'un des jugements est rendu avant l'ouverture de la période suspecte et que l'autre prend date seulement au cours de cette période. La règle de l'article 446 conduit à décider que l'hypothèque judiciaire née du premier jugement est valable et que celle attachée au second jugement est nulle de plein droit. Est-ce juste que ces deux créanciers qui méritent une égale protection, qui ont agi en même temps, dont les droits ont été reconnus par justice également respectables, est-ce juste que ces deux créanciers soient traités différem-

(1) Des faillites et banqueroutes en droit comparé, t. II, n° 115.

ment ? Est-il bien que le second demandeur soit victime des lenteurs de la justice auxquelles il ne pouvait pallier ? Assurément non, et l'on peut dire contre l'annulation de l'hypothèque judiciaire en ce cas, ce que M. Valette disait d'une façon générale contre le maintien de l'hypothèque judiciaire : « Quelle bizarrerie dans cette préférence » attribuée à celui des créanciers qui, mieux » servi que les autres, soit par le zèle des officiers » publics qui lui prêtent son ministère, soit par » le hasard des circonstances, a le premier obtenu » un jugement de condamnation » (1). Certes, nous convenons qu'aussi longtemps que l'hypothèque judiciaire existera dans nos lois, il devra être permis de la faire tomber en cas de faillite, parce qu'elle résulte du fait de l'homme et que, si elle était maintenue, le créancier arriverait, grâce à une entente collusoire avec son débiteur, à acquérir une hypothèque judiciaire pour tenir lieu de l'hypothèque conventionnelle frappée de nullité par la loi. Aussi n'aurions-nous rien trouvé à redire si la nullité de l'hypothèque judiciaire avait été restreinte au cas où le demandeur aurait introduit son action pendant la période suspecte ; mais, bien qu'on ait soutenu le contraire, il n'est pas possible, en présence de l'article 446, d'admettre cette restriction.

(1) Dissertation de M. Valette dans la Revue du droit français et étranger, tome de 1849, p. 912 et suiv.

Dans un seul cas, l'hypothèque judiciaire sera concomitante à la créance qu'elle garantit et échappera par conséquent à la nullité de l'article 446, c'est en ce qui concerne l'obligation de payer les frais qui naît comme l'hypothèque du jugement de condamnation.

Il est à peine besoin de dire que la subrogation conventionnelle à l'hypothèque judiciaire suit le sort de cette hypothèque. La subrogation ayant pour effet de faire rentrer le subrogé dans les droits hypothécaires du subrogeant doit être nulle si l'hypothèque qui en est l'objet est nulle.

L'article 446 ne parlant pas des hypothèques légales les affranchit par le fait même de la nullité de plein droit. C'est du reste la conséquence forcée de la règle posée par ce même article, d'après laquelle la nullité n'atteint que les hypothèques créées pour garantir une dette préexistante. Les hypothèques légales ont toujours en effet une origine contemporaine ou même antérieure aux créances pour sûreté desquelles elles ont été établies. D'ailleurs, elles dérivent non pas de la convention des parties, mais de la seule volonté de la loi et les circonstances dans lesquelles elles prennent naissance ne permettent pas de les suspecter. Qui oserait dire qu'un commerçant s'est marié ou a accepté une tutelle en temps suspect dans le but de nuire à ses créanciers ?

•

Que l'article 446 soit inapplicable aux hypothèques légales, c'est un point qui n'est pas discuté. Mais on s'est demandé si la subrogation consentie par la femme mariée à son hypothèque légale n'était pas nulle quand elle avait lieu au cours de la période suspecte. La question ne présente aucun intérêt quand le subrogé est un créancier personnel de la femme car, en ce cas la subrogation ne nuit pas à la masse. Elle ne modifie pas la valeur du droit hypothécaire de la femme ni, par suite la situation de la faillite; tout son effet consiste à autoriser le créancier subrogé à exercer le droit même de la femme. Mais il arrive fréquemment que pendant le temps suspect, la femme s'oblige solidairement avec son mari envers un créancier de ce dernier ou envers un créancier de la communauté; pour mieux dire, elle cautionne la dette de son mari (art. 1431 C. civ.). Du fait de ce cautionnement, elle jouit contre son mari d'une action récursoire dont la réussite est garantie par son hypothèque légale (art. 2135-2°, alin. 3). Or, il n'est pas rare que la femme subroge le créancier au bénéfice de son hypothèque d'indemnité éventuelle. Ici il n'est plus vrai de dire que les autres créanciers du mari ne souffrent pas de l'engagement de sa femme. Cet engagement a grevé d'un supplément d'hypothèque les immeubles du failli et a procuré au créancier subrogé

un avantage indirect retombant en définitive à la charge de l'actif de ce failli. Faut-il dire que l'hypothèque légale, en tant qu'elle garantit le remboursement des dettes contractées par la femme pour son mari et par suite la subrogation qui y a été consentie seront inefficaces par application de l'article 446 du C. de com. Il est un cas où il serait impossible de prétendre que l'art. 446 s'applique; nous voulons parler du cas où l'engagement de la femme a pris naissance en même temps que la dette du mari ou antérieurement. La validité de l'hypothèque légale n'est pas alors douteuse puisque le mari eut pu consentir une hypothèque conventionnelle. La question ne se pose donc que dans l'hypothèse d'une dette préexistante du mari. Comment la résoudre ?

On a parfois soutenu que la subrogation à l'hypothèque légale devait être déclarée nulle de plein droit en vertu de l'art. 446. On s'en est expliqué en disant que, dans notre cas, l'hypothèque légale se rattachait à une convention que les parties étaient libres de faire ou de ne pas faire; mais qu'elles ont faite, précisément en vue de donner naissance à l'hypothèque légale et d'en assurer le bénéfice au créancier. En tous cas, a-t-on dit, l'hypothèque légale est ici destinée à remplacer l'hypothèque conventionnelle dont la constitution est prohibée. Or, on ne peut

faire indirectement ce que la loi défend de faire directement. Par conséquent l'hypothèque légale doit tomber sous le coup de l'article 446, tout comme il en serait advenu de l'hypothèque conventionnelle (1).

D'autres ont prétendu que l'engagement de la femme était nul parce qu'il avait été contracté dans un temps où le mari ne pouvait plus valablement l'autoriser (2).

Avec la presque unanimité des auteurs et des tribunaux, nous repoussons ces deux systèmes. Le dernier tombe dans une erreur grossière en prenant la cessation des paiements pour une cause d'incapacité : le failli jouit de la puissance maritale même après le jugement déclaratif, *à fortiori* la conserve-t-il durant la période suspecte. Quant au premier système il applique l'article 446 dans une hypothèse que ce texte ne régit pas. En l'état actuel de notre législation, il est impossible d'annuler la subrogation à l'hypothèque légale consentie par une femme de bonne foi. En effet, l'article 446 donne des actes nuls de plein droit une énumération limitative. Or, au nombre de ces actes ne figurent ni le cautionnement de la femme au profit d'un

(1) Bedarride, t. I, n° 423 ter. Poitiers, 16 janv. 1860. D. P. 60, 2, 25. Nancy, 4 août 1860. D. P. 60, 2, 196. 4 mars 1876. D. P. 77, 1, 359. Voir aussi Beudant, note sous Req., 9 déc. 1868. D. P. 69, 1, 5.

(2) Comp. Coin-Delisle, *Revue critique de législation*, t. III, p. 221, Pont : Privilèges et hypothèques, t. I, n° 447.

créancier de son mari, ni l'hypothèque légale qui en résulte : par conséquent nous pouvons dire par *a contrario* que l'acte de cautionnement et l'hypothèque d'indemnité éventuelle dont jouit la femme sont valables. Est-ce alors la subrogation qui tombe sous l'application de l'art. 446 ? Assurément non. Notre texte ne prévoit que les actes consentis par le failli et la subrogation à l'hypothèque légale est le fait de la femme. Au reste quel intérêt aurait la masse à faire annuler la subrogation vis-à-vis du créancier ? La femme resterait quand même tenue de lui garantir le paiement de sa créance et en cas de nullité de la subrogation, ce serait elle qui se prévaudrait de l'hypothèque d'indemnité éventuelle. Il faut donc décider sans hésitation que la femme qui, postérieurement à la cessation des paiements de son mari, s'oblige au paiement d'une dette préexistante de celui-ci, a, pour l'indemnité de cette obligation, une hypothèque légale dans l'effet de laquelle elle peut valablement subroger le créancier (1).

(1) Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 2767. Renouard, t. I, n° 382. Demangeat sur Bravard, t. V, p. 242. Marx, op. cit. p. 90. Thaller, Traité élémentaire de droit commercial, n° 1628, p. 897. De nombreux arrêts ont été rendus sur la question. Les plus récents sont : Bourges, 1^{er} avril 70. D. P. 72, 2, 30. Nancy, 19 mars 1879, D. P. 80, 2, 10 et sur pourvoi : Cass., 27 avril 1881. D. P. 81, 1, 295. Poitiers, 20 avril 1885. D. P. 86, 2, 6 et sur pourvoi Req., 18 avr. 1887. D. P. 87, 1, 155.

L'arrêt de Poitiers précité ne permet à la femme ou au créancier subrogé d'exercer un recours que dans la mesure de l'enrichissement procuré à la faillite, v. en ce sens note sous Req., 9 déc. 1868. D. P. 69, 1, 5. Nous n'admettons pas cette restriction qu'aucun texte n'autorise.

Tout en soutenant que cette solution s'impose, en présence du silence de la loi, nous devons reconnaître qu'elle favorise la fraude. Le créancier qui voudra se faire la part meilleure cherchera à obtenir de la femme du commerçant qu'elle cautionne l'obligation antérieure de son mari et qu'elle le subroge à son hypothèque légale. Ce créancier ne pouvait acquérir une hypothèque conventionnelle et voilà qu'il parvient au même résultat par la subrogation au bénéfice de l'hypothèque légale ; il atteint par une voie détournée le but qu'il ne pouvait poursuivre directement.

L'abus n'est pas toutefois sans remède ; car il y a toujours l'article 447 qui autorise l'annulation de tous les actes sans distinction passés par le failli après la cessation de ses paiements avec des tiers qui connaissaient sa position. Il faut, il est vrai, que le syndic démontre la mauvaise foi de la femme et du créancier, ce qui n'est pas toujours commode ; mais enfin s'il parvient à faire cette preuve le stratagème employé par le créancier pour se créer une situation préférentielle est démasqué et n'obtient aucun succès. En ce cas, l'engagement de la femme la lie bien vis-à-vis du créancier ; mais celui-ci en est réduit à un cautionnement purement chirographaire, de même que la femme n'a contre son mari qu'une action récursoire de même nature. La faillite n'a donc pas à souffrir de cette entente

frauduleuse entre le mari, sa femme et l'un de ses créanciers.

Il existe une seconde hypothèse où l'art. 447 suffirait encore, sinon à maintenir l'égalité entre créanciers, du moins à donner satisfaction au bon droit et à l'équité ; il s'agit du cas où la femme seule a connu la cessation des paiements de son mari. Ici, le créancier ayant été de bonne foi, l'article 447 ne lui est pas applicable ; la subrogation tiendra à son égard, elle lui procurera un avantage, mais après tout ce sera un avantage loyalement acquis. Quant à la femme, puisqu'elle connaissait, en s'obligeant, le mauvais état des affaires de son mari, l'hypothèque légale affectée à la garantie de son cautionnement pourra être annulée par application de l'article 447 ; de sorte que si elle paie le créancier de ses deniers personnels, elle n'aura contre son mari qu'une action récursoire purement chirographaire.

Certains prétendent cependant que l'inefficacité de l'hypothèque légale de la femme pour l'indemnité à laquelle elle a droit, entraîne par voie de conséquence la nullité de son engagement envers le créancier. On considère, dans cette opinion, que le sort de l'hypothèque légale de la femme est indivisiblement lié à celui de son obligation, de telle façon que, par le fait même de la nullité de son hypothèque, la femme est rele-

vée de ses engagements (1). Cela est inexact. Sans doute, à toutes les obligations contractées par la femme pour son mari est attaché le bénéfice de l'hypothèque légale; mais s'il arrive que cette hypothèque est inefficace, et il en doit bien être ainsi quand la femme est de mauvaise foi, l'obligation doit subsister, sinon la position de cette femme serait meilleure que si elle avait été de bonne foi. Au reste, ce cas est à peu près purement hypothétique. Conçoit-on en effet qu'un créancier qui, en traitant avec un commerçant, ne lui avait demandé aucune garantie, vienne après coup se faire subroger à l'hypothèque légale de sa femme, sans que cette attitude n'ait été provoquée par la connaissance de l'embarras du débiteur?

Nous avons supposé jusqu'ici que la femme connaissait la détresse de son mari; mais le plus souvent elle l'ignore. N'étant pas mêlée à la vie commerciale, elle ne sait des affaires de son mari que ce que celui-ci veut bien lui en dire. Or rarement il se résigne à lui avouer sa ruine. « Quand il n'est bruit dans le public, » observe très bien M. Thaller, que de la déconfiture du négociant, une personne l'ignore encore et conserve toutes les illusions : c'est sa femme. » Facilement alors, elle se prive au

(1) Bedarride, t. I, n° 123. Nancy, 4 mars 1876. D. P. 77, 1, 359; 19 mars 1879. D. P. 80, 2, 10, réformé par Cass., 27 avril 1881. D. P. 81, 1, 295.

profit d'un tiers du bénéfice de son hypothèque légale, dont l'avenir lui dira, mais trop tard, tout le prix. Et c'est surtout dans ce cas que le silence de l'article 446 est regrettable, car l'article 447 est impuissant ici à réprimer la fraude combinée du créancier et du failli aux droits de la masse. En effet, l'hypothèque légale tiendra puisque la femme a agi de bonne foi. Or, le maintien de cette hypothèque en assure le profit au créancier. On pourrait, il est vrai, faire tomber la subrogation à l'égard de la masse; mais à quoi bon? La masse serait toujours sacrifiée, car il suffirait au créancier d'exercer le droit hypothécaire de la femme en vertu de l'art. 1166 C. civ. Il n'y aurait qu'un moyen de parer à cet état de choses, ce serait d'annuler le cautionnement de la femme, car avec le cautionnement tomberait l'hypothèque légale qui en est l'accessoire. Mais, en l'absence de disposition spéciale, il n'est pas possible, dans la législation actuelle, de faire rescinder ce cautionnement. Sur quoi se baserait-on pour le faire? Sur l'erreur? Nous ne voyons pas que le fait par la femme d'avoir ignoré la position de son mari, rentre dans les cas où l'erreur est une cause de nullité du contrat.

Pour atteindre les fraudes qui peuvent se commettre par le jeu de la subrogation à l'hypothèque légale, M. Thaller propose la réforme

suivante à laquelle nous souscrivons volontiers :
« Il faut poser hardiment, en principe, que, durant
» la période suspecte, l'hypothèque légale ne
» pourra s'étendre, du chef des cautionnements
» procurés par la femme, aux créanciers antérieurs
» du mari ; pour respecter la bonne justice il con-
» viendra d'ajouter que le cautionnement fourni
» dans ces conditions par la femme ne l'obligera
» pas elle-même, à moins qu'elle n'agisse à bon
» escient et ne sache son mari en état de cessa-
» tion de paiements (1) ».

A côté des hypothèques et dans les mêmes conditions, la nullité de l'article 446 frappe le nantissement sous sa double forme : le gage et l'antichrèse.

De ce que la loi désigne spécialement le privilège du créancier gagiste sans faire mention des autres privilèges, il résulte que, en principe, tous les privilèges sont valables, à l'exception de celui du gagiste. La règle et l'exception qu'elle comporte se justifient rationnellement.

Le privilège est un droit que la qualité de la créance donne au créancier par le seul effet de la loi et indépendamment de la volonté du débiteur. Il naît en même temps que la créance et en partage le sort. De ce qu'il est concomitant à la créance et qu'il ne résulte pas de la

(1) Thaller, des faillites en droit comparé, t. I, n° 116, p. 398.

convention des parties, il devait logiquement être à l'abri de la nullité de l'art. 446.

Au contraire, le privilège du gagiste n'est pas une qualité de la créance. Tout comme l'hypothèque conventionnelle, il prend naissance dans un contrat et peut être constitué par acte séparé et pour garantir toutes sortes d'obligations. Il était donc rationnel de soumettre le privilège du gagiste aux mêmes règles que l'hypothèque conventionnelle : autrement, rien n'eût été plus facile au créancier que d'enfreindre le principe d'égalité que l'art. 446 a pour but de sanctionner : faute de pouvoir acquérir une hypothèque conventionnelle, il se serait fait remettre un gage. L'article 446 aurait été respecté, mais la masse aurait été frustrée : c'est ce que le législateur n'a pas permis.

Le gage peut porter sur des choses corporelles ou sur des choses incorporelles. Quand il porte sur des choses corporelles, il est valablement constitué lorsque le contrat de gage est intervenu avant les dix jours qui ont précédé la cessation des paiements, quand bien même l'objet sur lequel porte le gage n'aurait été effectivement remis au créancier que pendant la période suspecte (1). Mais l'acte constitutif de gage

(1) Toulouse, 25 mars 1874. D. P. 76, 1, 318. Civ. rej., 20 janv. 1886. D. P. 86, 1, 406. Cass., 16 nov. 1896. D. P. 97, 1, 48.

Boistel, n° 953. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n° 2763 et note 2.

ne sera considéré comme antérieur à la période suspecte, du moins en matière civile, qu'autant qu'il aura acquis date certaine avant l'ouverture de cette période (art. 2074 C. civ.). Quand il s'agit d'un gage incorporel, c'est encore la date de l'acte constitutif qui indique si le gage a été ou non constitué après les dix jours qui précèdent la cessation des paiements. Il n'y a tenir compte ni de la date de la remise des titres de créance (1) ni de celle de la signification (2).

Tandis que le gage est le nantissement d'une chose mobilière, l'antichrèse est une sûreté immobilière. Le Code de 1808 (art. 443) ne parlait pas de l'antichrèse. Il estimait, sans doute, que l'antichrésiste ne faisant son profit que des fruits et n'étant pas préféré sur le prix, il était peu utile de lui retirer son droit; peut-être, aussi considérait-il ce droit comme n'étant opposable qu'au débiteur et non pas à ses créanciers. Quoi qu'il en soit le législateur de 1838 a placé l'antichrèse sur le même pied que le gage et il a bien fait. S'il est vrai que l'antichrésiste n'a aucun droit sur le prix de l'immeuble, il peut du moins en empêcher la vente en usant de son droit de rétention et en percevoir les fruits par imputation sur sa créance. Ce sont là des

(1) Civ. rej., 20 janv. 1886. D. P. 86, 1, 406. Cass., 16 nov. 1896. D. P. 97, 1, 47.

(2) Civ. rej., 18 juin 1862. D. P. 62, 1, 424. Lyon, 16 juin 1874. D. P. 76, 2, 171.

avantages qui rompent l'égalité entre créanciers et qui, par conséquent, devaient pouvoir être atteints par la loi éminemment égalitaire des faillites.

Pour l'antichrèse, comme pour le gage, il faut, en matière civile, que l'acte constitutif ait acquis date certaine avant l'ouverture de la période suspecte ; mais il importe peu que la transcription requise par la loi du 23 mars 1855 (art. 2) ait eu lieu au cours de cette période.

Nous n'avons plus, pour terminer nos explications sur l'article 446, qu'une dernière remarque à faire. La loi frappe les constitutions d'hypothèques et de nantissements d'une nullité de plein droit, dès qu'elles ont eu lieu dans le temps suspect et pour garantir des dettes antérieures, sans distinguer entre les dettes échues et les dettes non échues. Certains ont regretté cette absence de distinction, prétendant que, pour être logique, le législateur eut dû valider l'hypothèque ou le gage de dettes échues, tout comme il maintient en ce même cas le paiement. Payer, dit-on, c'est plus que donner des garanties, et cependant la loi valide le plus et annule le moins. On ajoute que lorsque la dette est échue, la constitution hypothécaire n'a pas plus que le paiement le caractère d'un acte à titre gratuit : en échange des sûretés qu'il reçoit, le créancier consent à son débiteur une prorogation de délais ;

il renonce à exercer contre lui des poursuites qu'il pourrait entamer immédiatement.

Nous ne partageons pas cette manière de voir. Le paiement d'une dette échue est un acte régulier, normal, qui, loin de prouver au créancier que le commerçant est en mauvaise situation, le porte à croire que ses affaires sont prospères. Au contraire, si le débiteur donne à son créancier une sûreté au lieu d'acquitter sa dette échue, c'est qu'il lui est impossible de payer, c'est qu'il est en état de cessation de paiements. Le créancier ne saurait l'ignorer ; ce sera même souvent, parce qu'il prévoira la débâcle prochaine de son débiteur, que, pour parer à cette éventualité, il se fera consentir une hypothèque destinée à lui garantir, malgré la faillite, un paiement intégral. On s'explique donc parfaitement que la loi ait validé le paiement à l'échéance et qu'elle ait frappé de nullité l'établissement d'une hypothèque ou d'un gage pour dette échue. On nous objecte, il est vrai, que si nos explications justifient la loi quand l'hypothèque a été constituée depuis la cessation des paiements, elles sont insuffisantes quand cette constitution a eu lieu dans les dix jours précédents. On ne peut plus dire, en effet, que le créancier connaissait la cessation des paiements, puisqu'elle n'existait pas encore. Que prouve cette objection ? Tout simplement que l'extension du régime des nullités

aux dix jours qui ont précédé la faillite est une étrange anomalie ; mais elle ne détruit pas — nos adversaires le reconnaissent eux-mêmes — les raisons que nous avons données pour justifier la différence des traitements auxquels la loi soumet, après la cessation des paiements, l'acquittement de dettes échues et les constitutions d'hypothèques ou de gages destinées à garantir le paiement de ces mêmes dettes.

2. Nullités facultatives.

L'article 446 est sévère, mais juste. S'il prononce la nullité de plein droit de certains actes passés par le commerçant durant la période suspecte, c'est que ces actes sont extrêmement préjudiciables à la masse ou que, ne comptant pas au nombre des opérations habituelles de la vie commerciale, ils laissent planer le soupçon sur la pureté des intentions de ceux qui s'y livrent. Mais en raison même de sa rigueur, cette disposition doit recevoir une interprétation restrictive et ne s'appliquer qu'aux faits dont elle donne une énumération limitative.

Au contraire, l'article 447, qui est le siège des nullités facultatives, a une portée générale : il s'étend à tous les actes du failli, à l'exception de ceux visés par l'article 446 et des inscriptions de privilèges et d'hypothèques soumises par

l'article 448 à un régime spécial. Ce caractère de généralité se retrouve dans les termes employés par le législateur : « Tous autres paiements faits par le débiteur pour dettes échues et tous autres actes à titre onéreux par lui passés.... ». Et puisque les actes qui tombent sous l'application de l'article 447 ne sont pas suspects pas eux-mêmes, qu'ils supposent au contraire le fonctionnement régulier du commerce du débiteur, il ne convenait pas de les frapper d'une nullité pure et simple.

L'article 447 subordonne l'annulation des actes du failli à une triple condition :

Il exige d'abord que l'acte soit accompli pendant la période suspecte : et ici, la période suspecte ne comprend plus, comme dans l'art. 446, les dix jours antérieurs à la cessation des paiements. La raison en est simple : pour que la nullité soit déclarée, il faut, d'après l'article 447, que le tiers qui a traité avec le failli ait connu la cessation de ses paiements ; or, les tiers ne peuvent avoir connaissance de cet état avant qu'il n'ait commencé à exister.

Nous venons de citer la seconde condition exigée par l'article 447 : connaissance par les tiers de la cessation des paiements du débiteur. C'est encore là ce qui distingue le plus l'action en nullité de l'art. 447 de celle de l'art. 446 et de l'action paulienne de l'article 1167 C. civ.

D'après l'art. 446, dès que l'acte attaqué est un de ceux qu'il vise et qu'il a été accompli en temps suspect, aucune preuve n'est à faire, l'acte doit tomber. Au contraire, dans le droit commun de l'article 1167 C. civ., il faut démontrer que le débiteur a eu conscience du préjudice qu'il causait à ses créanciers et que son co-contratant a trempé dans son indélicatesse. L'article 447 a adopté un moyen terme. A l'égard du débiteur, il n'a exigé aucune preuve, et cela s'explique. On ne pouvait contraindre les créanciers à démontrer qu'au moment où il a traité, leur débiteur connaissait sa situation. Cette situation étant son fait, il n'a pu l'ignorer et, dans tous les cas, cette ignorance, loin de pouvoir lui servir d'excuse, témoignerait chez lui d'une négligence coupable qui ne ferait qu'augmenter sa responsabilité. A l'égard des tiers, les créanciers ont à prouver qu'ils connaissaient la cessation des paiements du failli. L'acte dont la nullité est demandée est par lui-même un acte normal et régulier; la mauvaise foi de ceux qui y concourent peut seule le vicier : il faut donc la prouver. Or la connaissance de la cessation des paiements établit la mauvaise foi; puisque celui qui a agi avec cette connaissance a, volontairement et au préjudice de la masse créancière, commis une infraction à la règle de l'égalité sur laquelle repose tout le système de protection et de garanties spécial à

la législation des faillites. Et, qu'on le remarque bien, des craintes plus ou moins fondées sur la solvabilité du débiteur ne sauraient justifier l'annulation de l'acte qu'il aurait passé. Il faut, et les tribunaux l'oublient trop souvent, que le tiers qui a traité avec le failli ait acquis la certitude que ce dernier avait définitivement arrêté ses paiements. Aussi ne suffirait-il pas qu'un créancier se soit fait payer après avoir recueilli de mauvais renseignements sur la solvabilité de son débiteur et dans la crainte que sa créance ne fût mise en péril (1).

La nullité des articles 446 et 447 peut être invoquée sans aucun doute, non seulement contre le tiers qui a traité directement avec le failli, mais encore contre un sous-acquéreur du bien aliéné ou du droit cédé. Faudra-t-il pour que ce sous-acquéreur soit atteint qu'il ait connu la cessation des paiements du failli ? La question ne se pose pas quand il s'agit de l'un des actes prévus par l'article 446 C. com. : la nullité frappe de plein droit l'acte lui-même sans considérer la bonne ou la mauvaise foi de ses auteurs ; par conséquent elle produit effet aussi bien au regard du sous-acquéreur que de l'acquéreur primitif : celui qui n'a jamais eu de droit n'a pu en transmettre aucun. Quant à l'application de

(1) Sic Cass., 18 avril 1866. D. P. 66, 1, 233. Orléans, 11 février 1882. Journal des faillites, 1883, p. 212. Lyon, 23 juin 1883. D. P. 84, 2, 110.

L'article 447, il faut d'abord écarter le cas où le tiers même qui a traité avec le failli a ignoré la cessation de ses paiements ; sa bonne foi couvre les cessionnaires postérieurs qu'ils aient ou non connu la position du failli. Si, au contraire, ce tiers a agi de mauvaise foi, il faut au regard du sous-acquéreur résoudre la question d'après les distinctions suivantes : ou il a acquis à titre gratuit, et alors, l'action en nullité réussira contre lui ; ou il a acquis à titre onéreux, et alors, la preuve qu'il a connu la cessation des paiements sera la condition indispensable du succès de la demande en nullité. Ces solutions sont d'ailleurs identiques à celles qui sont admises au sujet de l'article 1167 C. civ.

Enfin, la troisième condition nécessaire pour que l'acte puisse être annulé, c'est l'existence d'un préjudice causé à la masse. L'article 447 ne le dit pas, mais cela va de soi. De quoi se plaindraient les créanciers, si l'opération à laquelle s'est prêté leur débiteur n'avait diminué en rien le patrimoine qui leur sert de gage ? Ne pas exiger la preuve d'un dommage serait dans beaucoup de cas consacrer une véritable injustice. Voilà, par exemple, un débiteur qui, avant sa faillite, a vendu un meuble pour un juste prix et qui, avec ce prix, a racheté un autre meuble de même valeur qui se retrouve dans son actif. Ce serait souverainement inique de contraindre

le tiers acquéreur à rapporter la chose qu'il a achetée à la masse et à ne recevoir qu'un simple dividende ; puisqu'on enrichirait ainsi la faillite à ses dépens. C'est dans notre sens d'ailleurs que se prononce une jurisprudence presque unanime. Il est toutefois un acte pour lequel il n'est pas nécessaire d'établir le préjudice pour la bonne raison qu'il en porte la preuve avec lui : nous voulons parler des paiements. Tout paiement fait à l'un des créanciers du failli nuit nécessairement aux autres, car il les prive de la quote-part qu'ils auraient pu obtenir sur la somme payée, lors de la répartition.

Ainsi, en résumé, trois conditions sont nécessaires pour qu'un acte du failli puisse être annulé par application de l'article 447 : accomplissement de cet acte depuis la cessation des paiements, connaissance de cette situation par le tiers qui a traité avec le failli, préjudice causé à la masse.

Nous disons que quand ces trois conditions sont réunies l'acte peut être annulé, faut-il dire qu'il doit l'être ?

Nullement. Les juges ont reçu à cet égard un libre pouvoir d'appréciation dont l'usage échappe à la censure de la Cour de cassation. Tous paiements et tous actes à titre onéreux pourront être annulés, dit l'art. 447. Un amendement présenté par M. Sévaistre à la séance de la Chambre des députés du 30 Mars 1838 et

tendant à substituer le mot *devront* au mot *pourront* ne fut même pas appuyé. « Par le » mot *pourront*, disait le rapporteur, nous avons » voulu laisser aux juges, appréciateurs des faits, » une grande latitude..... Nous avons voulu » laisser à la sagesse des tribunaux le droit d'apprécier les circonstances ». La nullité de l'article 447 est donc facultative, et conserve ce caractère, même quand il est reconnu que l'acte attaqué a été préjudiciable à la masse. Il en résulte que l'arrêt qui, sans faire usage de ce pouvoir discrétionnaire, annule un de ces actes par cela seul que celui qui a traité avec le failli avait connaissance de la cessation des paiements, encourt la cassation (1).

Les notions que nous venons de donner nous permettent maintenant d'énumérer les différences qui séparent les nullités de l'art. 447 de celles de l'art. 446. On peut les ramener à cinq principales :

1° Les nullités de l'article 446 opèrent de plein droit; elles sont l'œuvre de la loi et s'imposent aux tribunaux; celles de l'art. 447 sont laissées au pouvoir discrétionnaire des juges qui peuvent se dispenser de les prononcer même quand les

(1) Sic Lyon-Caen et Renault, t. 2, p. 728, note 3. Bravard, t. I, p. 264. Renouard, t. I, p. 392. Boistel, n° 954. Les arrêts les plus récents rendus en ce sens sont ceux de : Cass. des 28 juillet 1897 (Pand. chron., 98, 1, 63 et D. P. 98, 1, 115); 18 octobre 1897 (Pand. chron., 98, 1, 140); 3 janv. 1894. D. P. 94, 1, 124.

conditions nécessaires à l'annulation se trouvent réunies ;

2° L'art. 446 ne concerne que certains actes limitativement énumérés ; c'est une disposition exceptionnelle. L'art. 447 est général et s'étend à tous les actes non prévus par le précédent ;

3° La période suspecte de l'art. 447 ne comprend pas comme celle de l'art. 446 les dix jours antérieurs à la cessation des paiements ;

4° La nullité de plein droit s'applique nonobstant la bonne foi des tiers. La nullité facultative est impossible si les tiers ont ignoré la cessation des paiements de celui avec lequel ils ont contracté ;

5° L'une et l'autre nullités peuvent être invoquées contre les ayants-cause de ceux qui ont traité avec le failli ; mais la première est *in rem* : elle frappe l'acte, abstraction faite des personnes, tandis que, pour la seconde, il faut démontrer, du moins s'il s'agit d'ayants-cause à titre onéreux, qu'ils avaient connaissance de la cessation des paiements.

Certains auteurs indiquent une sixième différence qu'ils formulent ainsi : Quand un acte est annulé en vertu de l'art. 447, les fruits et intérêts sont dus à partir de la livraison ou du paiement, tandis que, en cas d'application de l'article 446, ils ne sont rapportables que du jour de la demande. Ils justifient cette différence en

disant que l'article 447 suppose la connaissance de la cessation des paiements du débiteur et par conséquent la mauvaise foi des tiers (article 549, 550, 1378 C. civ.), tandis que l'art 446 est absolument étranger à toute idée de bonne ou de mauvaise foi (1). Nous n'admettons pas cette distinction. Pour nous, les nullités de l'article 446 ne peuvent s'expliquer que par une présomption légale de fraude *juris et de jure* et par conséquent elles obligent à la restitution des fruits perçus depuis la date à laquelle a été passé l'acte nul, tout aussi bien que les nullités de l'article 447.

— Nous avons dit et constaté que, par sa formule même, l'article 447 avait une portée très générale. Cependant, on s'est demandé s'il était applicable aux actes qui ne créent pas un droit nouveau, aux actes qui ne font que déclarer un droit préexistant. La question s'est agitée en particulier pour les jugements, les partages et les transactions. Nous allons l'examiner brièvement à ce triple point de vue.

Les jugements sont en général purement déclaratifs et, en ce cas, on s'accorde à reconnaître qu'ils échappent à l'application de l'article 447, bien qu'ils aient été rendus depuis la cessation des paiements. Nous ne voyons pas d'ailleurs en quoi cette solution pourrait faire difficulté. De ce que le commerçant ne paie plus, ce n'est pas

(1) Lyon-Caen et Renault, nos 2731, note 2, et 2757.

une raison pour enlever à ses correspondants la faculté que possède toute personne de faire constater et proclamer officiellement par le juge l'existence de son droit. Au reste, la déclaration de faillite ne fait pas obstacle à l'exercice de cette faculté ; elle a seulement pour effet de modifier la procédure à suivre. *A fortiori* en doit-il être de même quand l'instance se poursuit et s'achève pendant la cessation des paiements du commerçant et avant sa mise en faillite.

Mais, à côté des jugements déclaratifs, il y a aussi des jugements attributifs, c'est-à-dire des jugements qui confèrent à ceux en faveur desquels ils sont rendus des droits nouveaux contre leurs adversaires. Les jugements de cette nature sont-ils eux aussi affranchis de la nullité de l'art. 447 ? Quelques-uns, s'appuyant sur la généralité des termes de l'art. 447, ont soutenu la négative (1). Avec la majorité des auteurs et des tribunaux, nous prononçons pour l'affirmative. L'art. 447 ne parle en effet que *des paiements faits par le débiteur et des actes à titre onéreux par lui passés* ; il exige donc une participation active du failli à l'acte dont la nullité est réclamée. Or, un jugement n'est pas le fait du failli, c'est l'œuvre de l'autorité judiciaire qui peut rendre sa décision en

(1) Paris, 18 août 1860. D. P. 60, 5, 174. Paris, 10 juillet 1879. D. P. 81, 2, 225. Demangeat sur Bravard, t. V, p. 264, note. Bedarride, t. I, n° 149. Labbé, note sous Paris, 10 juillet 1879 précité. Lyon-Caen, qui avait d'abord suivi cette opinion (Revue critique de législ., 1881, p. 276), l'a abandonnée.

dehors de lui et malgré lui. Par conséquent, l'art. 447⁴ ne vise pas les jugements. D'ailleurs, les poursuites individuelles étant permises pendant la cessation des paiements, celui qui les exerce ne fait qu'user de son droit. Les partisans du système contraire nous objectent que notre solution a pour conséquence de laisser impunies les fraudes que peuvent cacher les instances engagées pendant la cessation des paiements. Cette objection ne nous touche guère, car, à raison même de l'intervention de la justice, la fraude n'est pas fort à craindre. Il peut se faire cependant que, dans certains cas, grâce à la complicité du failli, un créancier arrive à induire la justice en erreur et à se faire octroyer un jugement créant à son profit un droit exclusif. Mais parce que l'art. 447 ne peut pas recevoir ici son application, s'en-suit-il que la masse soit absolument désarmée contre la fraude? Nullement, puisqu'elle a à sa disposition les armes du droit commun et c'est ainsi que les syndics pourront, dans l'intérêt des créanciers, former tierce-opposition aux jugements rendus contre le failli et en fraude de leurs droits (art. 1167 C. civ. et 474 C. pr. civ. combinés).

Nous en concluons donc que les jugements attributifs de droit et notamment le jugement validant la saisie-arrêt, au sujet duquel s'est surtout posée la question, ne sont pas soumis

au régime des nullités qui gouverne les actes faits en temps suspect. D'ailleurs, en ce qui concerne le jugement de validité d'une saisie-arrêt, il faudrait au moins le déclarer nul de plein droit, puisque s'il est un acte avec lequel il pourrait être assimilé, c'est assurément le paiement par transport nul de droit aux termes de l'art. 446. On n'a pourtant jamais osé aller jusque-là (1).

Ajoutons que la solution à laquelle nous nous sommes rangé n'est exacte que pour les jugements ayant acquis force de chose jugée avant le jugement déclaratif de faillite. Lorsque, à cette époque, le jugement est attaqué par la voie de l'opposition ou de l'appel il n'a encore conféré au créancier qu'un droit en germe et la survenance de la faillite empêche à tout jamais ce droit de naître.

Nous avons cité en second lieu le partage parmi les actes pour lesquels se pose la question de savoir s'ils peuvent se trouver atteints par les nullités des articles 446 et 447 C. civ.

Tout le monde admet que l'article 446 est inapplicable au partage par la raison que le partage ne rentre à aucun titre dans les actes limitativement désignés par cet article ; mais on se divise profondément sur l'application au partage de l'article 447. Les uns tiennent pour la

(1) Cass., 21 déc. 1881. D. P. 82, 1, 198 et sur renvoi. Bourges, 14 juin 1882. D. P. 83, 2, 221. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n° 2784.

négative et voici leurs raisons : le partage est par sa nature et par ses effets en dehors de l'article 447 C. civ. Il n'est pas, dans notre droit, translatif de propriété ; l'article 882 C. civ. en fait, en termes généraux et absolus, un acte déclaratif de droit : « chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot. » On ne peut donc classer le partage parmi les actes à titre onéreux qui, par nature, sont productifs de droits nouveaux. Il faut l'assimiler aux jugements et le soustraire à l'application de l'article 447. Comme les jugements d'ailleurs, le partage n'est pas le fait du failli ni de ses copartageants, il n'émane pas de la volonté libre des contractants. Acte facultatif par rapport à celui qui le provoque, il est *obligatoire* pour ceux qui le subissent et peut intervenir malgré eux (art. 815 C. civ.). On ne peut donc en faire grief à ceux qui s'y soumettent, puisqu'ils ne font qu'obéir à la loi. Du reste, les créanciers sont bien mal venus de se plaindre d'un partage consommé, puisque le droit commun leur assurait la faculté de s'opposer à ce qu'il soit fait hors de leur présence. Au moyen répressif de l'article 1167 C. civ. le législateur a substitué à leur profit dans l'article 882 C. civ. un moyen préventif. Ils pouvaient donc empêcher la fraude en intervenant au partage ; s'ils ne l'ont pas fait, tant pis pour eux ; leur silence prouve qu'ils

avaient confiance dans la bonne foi des copartageants et qu'ils ratifiaient d'avance leurs opérations. De même qu'ils ne sont plus recevables à exercer l'action Paulienne, de même ne doivent-ils plus être admis à réclamer la nullité du partage en vertu de l'article 447 C. com.

Nous préférons l'opinion contraire qui fait du partage un acte à titre onéreux annulable par application de l'article 447 C. com. Considéré en lui-même en effet, le partage apparaît bien avec les caractères d'une aliénation, c'est-à-dire d'une vente ou plutôt d'un échange ; il constitue, en réalité, un échange de parts indivises. Pierre et Paul sont co-propriétaires de deux immeubles A et B. Ils en font le partage : l'immeuble A est attribué à Pierre, l'immeuble B à Paul. Que s'est-il passé ? Pierre a cédé à Paul son droit indivis de co-propriété sur l'immeuble B et Paul a cédé à Pierre son droit indivis de co-propriété sur l'immeuble A. Chacun d'eux est devenu propriétaire de l'immeuble mis dans son lot, au moins pour partie, comme cessionnaire de son co-partageant. Le partage est donc bien de sa nature un acte translatif de propriété à titre onéreux ; voilà la conclusion qu'il faut poser avec MM. Demolombe (1) et Aubry et Rau (2). L'arti-

(1) Demolombe, Cours de Code civil, t. XVII, n° 283.

(2) Aubry et Rau, Cours de droit civil français, t. VI, par. 625, p. 558, note 3.

de 883 C. civ. attribue, il est vrai, au partage un effet déclaratif ; mais ce n'est là qu'une fiction imaginée par le législateur dans un but d'utilité pratique et spécialement pour empêcher que les droits réels dont on aurait grevé le bien commun pendant l'indivision ne survive au partage. Et la preuve que le principe du partage déclaratif repose sur une fiction, c'est que l'art. 883 le proclame : « Chaque cohéritier est *censé* avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot. » La loi ne se serait pas servie de ces mots « *est censé* », si la règle qu'elle édictait correspondait à la réalité des faits. En outre, le partage produit des effets légaux qui découlent de sa nature d'acte translatif. Ainsi, il fait naître l'obligation de garantie qui accompagne toujours et presque uniquement les actes translatifs de propriété à titre onéreux ; il engendre un privilège analogue à celui du vendeur et ce privilège ne s'explique que si le partage est un acte translatif de propriété. Quant à l'art. 882 du Code civil il déroge à l'art. 1167 du même Code, mais il ne restreint pas la portée générale et absolue de l'art. 447 du Code de commerce. Si le législateur a voulu assurer la stabilité des partages, qui touchent aux intérêts d'un grand nombre de personnes et même d'un grand nombre de familles, il n'a pas entendu pour cela sacrifier les droits des créanciers. C'est pourquoi l'art.

882 C. civ. qui interdit l'annulation des partages permet du moins aux créanciers d'y intervenir pour en surveiller les opérations. Cette garantie est suffisante en matière civile où les créanciers sont relativement peu nombreux et en général peu éloignés de leur débiteur; mais elle serait bien illusoire en matière commerciale où les relations sont multiples et ne connaissent pas de frontières. Comment, en effet, tous les créanciers d'un commerçant seront-ils avertis de l'ouverture d'une succession à partager? Comment pourront-ils veiller à ce que leurs droits ne soient pas compromis, eux qui ne sont pas sur les lieux et ne connaissent quelquefois leur débiteur que par correspondance? Prétendre que l'art. 882 C. civ. déroge à l'art. 447 C. com., ce serait soutenir que la loi laisse sans protection les créanciers des copartageants faillis. Cela ne se peut pas. L'application de l'art. 447 est plus nécessaire pour les partages que pour tous autres actes, car le partage est comme la faillite, régi par la loi de l'égalité et, comme elle, masque facilement la fraude. Jusqu'à ces dernières années, la jurisprudence décidait que les partages ne tombaient pas sous le coup de l'art. 447. Le 24 mars 1893, la Cour de Limoges se prononça en sens contraire; la question fut, à cette occasion, portée devant la Cour de cassation qui, confirmant la décision de la Cour de Limoges, par

arrêt du 28 mai 1895, décida que le partage était un acte à titre onéreux soumis comme tel à l'annulation de l'art. 447 C. com. et que l'art. 882 C. civ. ne dérogeait pas à l'application des règles spéciales de la faillite (1).

La transaction a donné lieu à une difficulté du même genre que celle que soulève le partage. Pour la résoudre, une distinction s'impose. La transaction porte-t-elle sur des objets non litigieux? Elle est alors translatrice de droits et comprise dans l'art. 447. C. comm. Pierre prétend avoir un droit d'usufruit sur l'immeuble A possédé par Paul. Une transaction intervient : « Pierre renonce à ce droit d'usufruit et Paul lui cède la propriété et l'immeuble B. Il est certain qu'ici la transaction est translatrice : l'immeuble B n'était pas litigieux. Mais quand la transaction porte sur un objet litigieux, elle est déclarative, peu importe qu'elle revête un caractère judiciaire, comme lorsqu'elle est contenue dans un jugement d'expédient, ou qu'elle soit purement contractuelle. Transiger, en effet, c'est déterminer les droits qu'on peut avoir sur une chose, c'est faire

(1) Limoges, 24 mars 1893. D. P. 95, 2, 140, et note de M. Cohendy. Cass., 28 mai 1895. D. P. 96, 1, 154 : ce dernier arrêt semble restreindre l'application de l'art. 447 au cas d'une indivision créée par la seule volonté des parties en suite d'un acte de société ou d'une acquisition faite en commun. Sic Lyon-Caen et Renault, t. 2, n° 2773. Demangeat sur Bravard, t. V, p. 265. Bouniceau-Gesmon, Revue critique, 1879, p. 449, note sous D. P. 79, 2, 255. *Contra* Bedarride, t. I, 120 bis. R. de Couder, n° 308. Dalloz, suppl., n° 680. Douai, 21 déc. 1875. Recueil de Douai, 1876. Bordeaux, 4 avril 1876. D. P. 79, 2, 265. Pau, 28 févr. 1878, D. P. 79, 2, 265.

un acte déclaratif. Tout le monde admet que le jugement et le compromis sont déclaratifs; il en doit donc être de même de la transaction. Dans le jugement, on demande aux tribunaux de déterminer quels sont les droits respectifs des parties; dans le compromis on donne ce soin aux arbitres, dans la transaction, ce sont les parties elles-mêmes qui font cette détermination. A la règle que le paiement reçu en connaissance de la détresse du failli peut être annulé, l'article 449 fait une importante dérogation, que nous allons maintenant examiner.

DES DISPOSITIONS EXCEPTIONNELLES ÉDICTÉES PAR
L'ARTICLE 449 RELATIVEMENT AU PAIEMENT DES
LETTRES DE CHANGE, DES BILLETS A ORDRE ET
DES CHÈQUES EFFECTUÉ PENDANT LA PÉRIODE
SUSPECTE.

Trois motifs principaux commandaient de soustraire à l'application de l'art. 447 le paiement des effets de commerce :

1° La situation du porteur n'est pas analogue à celle d'un autre créancier. La loi lui fait un devoir d'exiger paiement à l'échéance, à peine d'être déchu des droits spéciaux que lui confère son titre contre tous les signataires de l'effet (art. 161, 162, 168 C. com.). Elle ne pouvait donc, en cas de faillite du tiré, reprocher au porteur d'avoir accepté un paiement qu'elle lui

interdisait de refuser. C'eût été un non-sens doublé d'une injustice;

2° L'annulation du paiement fait au porteur d'un effet de commerce eût été contraire au grand principe d'égalité qui est la loi des faillites. Qu'est-ce en effet qu'annuler un paiement? C'est rétablir l'état de choses existant avant le paiement, c'est, notamment en ce qui concerne le créancier, le replacer dans la condition qu'il occupait avant d'être payé. Or, la révocation du paiement d'une lettre de change ou d'un billet à ordre aurait pour conséquence de mettre le tiers-porteur dans une position moins favorable que s'il n'avait jamais été payé. Si le tiré avait refusé de payer à l'échéance, le porteur eut pu, en faisant dresser protêt le lendemain, et en observant les délais prescrits par la loi, recourir contre le tireur et les endosseurs, tous solidairement tenus envers lui du paiement de l'effet. Mais quand le tiré a fait bon accueil à la traite qui lui a été présentée, le porteur n'a pas eu à prendre les mesures ordonnées pour la recevabilité de son action en garantie devenue désormais sans objet; de sorte que, au cas d'annulation du paiement, il serait sans recours contre les obligés antérieurs. A priori, il pourrait paraître facile d'obvier à l'inconvénient que nous signalons sans qu'il soit besoin de déroger à la règle de l'art. 447 : il suffirait, semble-t-il, que le juge-

ment qui prononce la nullité du paiement fasse revivre au profit du tiers-porteur l'action en garantie dont il jouit en cas de non-paiement à l'échéance. Et pourtant, ce moyen, employé dans certains Etats, n'est pas complètement efficace. On aurait beau rendre au porteur son action, on ne le remettrait pas dans la position où il se serait trouvé si le paiement lui avait été refusé. Le rapport peut être demandé plusieurs mois, et même plusieurs années après que le paiement a eu lieu et, durant ce laps de temps, des circonstances de tous genres viennent modifier la situation des endosseurs. Qui ne sait, en effet, que, dans le commerce, les fortunes se font et se défont avec une rapidité vertigineuse? D'ailleurs, le législateur n'a pas voulu prolonger indéfiniment la responsabilité des signataires d'effets de commerce et ce n'est certes pas sans raison. La seule solution conforme au principe de l'égalité des créanciers était donc celle qui affranchissait le porteur de l'obligation de restituer le paiement reçu.

3° Enfin, si le législateur voulait que les effets de commerce devinssent des instruments de crédit utiles, pouvant inspirer confiance et circuler comme de l'argent, il devait favoriser l'emploi de ce mode de paiement et le dégager de tous les obstacles susceptibles d'en altérer la validité.

Ces puissantes considérations avaient com-

plètement échappé aux rédacteurs du Code de commerce ; elles n'avaient même pas éveillé l'attention des auteurs des premiers projets de réforme de la loi des faillites. C'est à M. Jacques Lefebvre que revient l'honneur d'avoir tout en même temps agité et résolu la question par un amendement présenté à la Chambre des députés dans sa séance du 9 février 1835. Après une discussion de quatre jours, l'amendement fut adopté et devint l'art. 449 actuel. Le texte de la loi s'est ressenti de la confusion qui avait régné durant les débats ; nous nous en apercevrons bientôt.

L'article 449 contient deux ordres de dispositions : d'une part, il affranchit en principe le tiers-porteur du rapport, d'autre part il y soumet celui pour compte de qui la lettre de change a été fournie et le bénéficiaire du billet à ordre. Nous allons aborder séparément l'étude de cette double règle.

A. — *Des conditions d'application de la règle qui affranchit les tiers-porteurs du rapport.*

Des dissidences très marquées existent à ce sujet. Il est pourtant certains points sur lesquels tout le monde est d'accord et que nous allons rapidement indiquer afin de bien déterminer le terrain de la discussion.

On admet d'abord, sans conteste, que l'art. 449 déroge à l'art. 447 ; mais non pas aux art.

443 et 446 du C. de comm. ni à l'art. 1167 du Code civil, de sorte que le porteur reste tenu du rapport, s'il a reçu paiement avant l'échéance de l'effet ou si, à la suite des protêts, il a accepté de nouveaux billets que le débiteur lui a souscrits et qu'il a payés à bonne date (1) ou si, au lieu d'exiger paiement, il a consenti un arrangement au tiré ou encore s'il s'est rendu coupable d'une fraude proprement dite.

On reconnaît aussi que si, le titre n'ayant point circulé, le paiement a été fait directement au tireur de la lettre de change ou au bénéficiaire du billet à ordre, ce paiement tombe sous la règle commune de l'article 447 et non pas sous la disposition exceptionnelle de l'art. 449. Les raisons qui ont déterminé l'exception ne pouvant plus alors être invoquées, la règle doit reprendre son empire. De même l'émission d'une lettre de change faite par le tireur à l'ordre d'un de ses créanciers devrait être annulée, si, au jour de cette émission, le créancier preneur connaissait la cessation des paiements de sa contrepartie (2).

Enfin, bien que l'art. 449 ne vise que la lettre de change et le billet à ordre, il est constant que l'exemption du rapport doit être étendue, par identité de motifs, au paiement par chèque.

(1) Cass. 19 mai 1868, D. P. 69, I, 228.

(2) Voir notes (3 et 4) sous cass. 21 juillet 1896, D. P., 98, I, 209.

Mais à part ces différents points, la question de savoir quelle est la portée de la disposition de faveur inscrite dans l'article 449 a fait et fait encore, en doctrine du moins, l'objet d'une grave controverse. C'est qu'en effet l'article 449 est d'un laconisme désespérant. Il ne dit pas à qui ni par qui, ni dans quelles conditions le paiement d'une lettre de change ou d'un billet à ordre doit être effectué pour affranchir du rapport celui qui l'a reçu. Or, il se peut que l'effet soit payé par le tiré, à l'échéance, au tiers-porteur, ou par un endosseur, ou par le tireur après protêt sur le tiré à un tiers-porteur, ou par un endosseur après protêt à son cessionnaire direct. Faut-il dire que dans tous ces cas l'article 449 sera seul applicable?

Trois opinions se sont produites sur la question.

Dans une première opinion, on prétend que l'article 449 s'applique indistinctement à toutes les hypothèses où il s'agit du paiement d'une lettre de change ou d'un billet à ordre échu. Le texte est général, dit-on; il ne précise nullement que le paiement doit avoir été reçu du tiré ou du souscripteur avant tout protêt. D'ailleurs, ajoute-t-on, en édictant l'article 449, le législateur s'est surtout préoccupé de favoriser la circulation des effets de commerce en en rendant le paiement irrévocable et il ne s'est pas

fait faute de le dire et de le répéter au cours de la discussion de la loi de 1838. Or, ce motif se rencontre avec une égale force dans tous les cas où il s'agit du paiement d'un effet de commerce, dans quelque circonstance et par quelque personne qu'il ait été effectué. Il faut donc, pour se conformer au texte et à l'esprit de la loi, admettre que l'article 449 affranchit du rapport tout paiement d'un effet négociable (1).

Un second système, diamétralement opposé à celui que nous venons d'exposer, restreint l'application de l'article 449 au cas où le tiers-porteur a reçu du tiré à l'échéance le paiement qui lui a été offert et qu'il ne pouvait refuser sans perdre son recours. Ce système écarte donc l'article 449 pour soumettre aux rigueurs de l'article 447 les paiements faits après protêts.

C'est en ce sens que la Cour de cassation a pris position sur la question par trois arrêts célèbres du 15 mai 1867, et, depuis cette époque, sa jurisprudence est restée invariable. Les arrêts de 1867 sont un modèle achevé de logique et de clarté et, pour justifier le système, nous ne pouvons mieux faire que de transcrire ici ces importantes décisions :

« Attendu, dit la Cour, que d'après son éco-

(1) Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 2781. Renouard, t. I, p. 404 Demangeat sur Bravard, t. V, p. 272, note. Rataud, Revue critique, 1866. Delamarre et Le Poitvin, t. VI, n° 132. Massé, t. II, n° 1228.

» nomie générale et les motifs qui l'ont dictée, la
» disposition de l'art. 449 n'est applicable qu'au
» paiement fait à l'échéance par le tiré ; qu'il
» en résulte, en effet : 1° que les tiers-porteurs
» d'effets négociables ont été affranchis de l'obli-
» gation du rapport par le motif que, n'étant
» pas admis par la législation à protester lorsque
» le paiement leur est offert à l'échéance par le
» tiré, ou par conséquent à exercer les recours
» subordonnés à la condition du protêt, ils ne
» pourraient, sans injustice, être déclarés res-
» ponsables de la validité d'un paiement qu'ils
» sont tenus de recevoir ; 2° que le tireur se
» trouve, dans ce cas, soumis au rapport, parce
» que, recevant par l'intermédiaire du tiers-por-
» teur, le paiement de sa créance envers le tiré,
» c'est le tireur et non le tiers-porteur qui doit
» apporter ce paiement ; 3° que le tireur n'est
» soumis au rapport que s'il a connu la cessation
» de paiements lors de l'émission du titre, ce
» qui ne peut s'entendre que du tiré ; attendu
» que cette disposition perd sa raison d'être et
» cesse de recevoir son application lorsque, après
» après avoir fait protester la lettre de change
» contre le tiré, le tiers-porteur exerce son action
» en garantie contre les souscripteurs antérieurs
» solidairement obligés envers lui ; — Qu'en
» un tel cas, le tiers-porteur, libre d'exercer
» son recours contre celui de ses obligés soli-

» daires qu'il lui plaît de choisir, doit, quant
» au paiement qu'il en a reçu, subir la loi com-
» mune des autres créanciers dans la faillite de
» leur débiteur, de même qu'il doit s'imputer
» de n'avoir pas exercé ou conservé son recours
» contre les autres obligés solidaires ; que d'autre
» part, le tireur ne peut être responsable des
» conséquences de la faillite des endosseurs qui,
» après l'émission de la lettre de change, ont
» pris part à sa négociation, ni être tenu de
» rapporter un paiement qu'il n'a pas reçu et
» qui ne lui profite pas (1).

Cette argumentation nous paraît décisive. Aussi, sommes-nous avec la Cour de cassation pour l'interprétation restrictive de l'art. 449 contre l'interprétation extensive soutenue par la première opinion. Il ne faut pas oublier, en effet, que le grand principe qui explique et justifie le régime spécial à la période suspecte, c'est le principe de l'égalité entre tous les créanciers du failli. Et c'est précisément pour assurer le respect de ce principe, que le législateur a posé dans l'article 447 la règle de l'annulation des actes faits par le failli avec des tiers qui connaissaient la cessa-

(1) Civ. rej. 1867. D. P. 67, 1, 417 et 421. Cass., 27 nov. 1867. D. P. 67, 1, 421. Civ. rej., 9 déc. 1868. D. P. 69, 1, 16. Cass., 5 mai 1873. D. P. 73, 1, 331. Boistel, n° 937. Rub. de Couder, v° faillite, n°s 529 et suiv. Brav., t. V, p. 269. (Lire sur la question une intéressante dissertation de M. Léonce Thomas dans *Études sur la faillite*, p. 159-184). Thaller : *Traité élémentaire de droit commercial*, n° 1602, p. 885.

tion de ses paiements. L'article 449 contient une disposition toute de faveur, exceptionnelle, et l'on doit rentrer de l'exception dans la règle quand l'immunité dont jouit le tiers-porteur cesse rationnellement de se concevoir. Or, si l'on comprend que la loi ait soustrait à la nullité de l'art. 447 un paiement fait par le tiré à l'échéance, puisque le porteur a été juridiquement contraint de le recevoir et qu'il n'a pu conserver son recours, on ne comprend plus cette dérogation, quand le porteur était libre de refuser le paiement et de faire dresser protêt pour sauvegarder son action en garantie, ce qui arrive dès que le paiement n'est pas offert à l'échéance. Que si le porteur a exercé son recours contre un obligé dont il n'ignorait pas l'état de cessation de paiements, il ne peut que s'imputer à faute d'avoir fait un aussi mauvais choix. Il a agi en connaissance de cause, dans la plénitude de sa liberté; pourquoi dès lors le tireur serait-il tenu aux lieu et place du porteur d'une insolvabilité qu'il ne connaissait pas au moment de l'émission du titre et contre laquelle le porteur pouvait et devait se garder en s'adressant à celui des coobligés qui était en mesure de payer?

On nous objecte, il est vrai, que l'article 449 est général et ne permet aucune distinction; mais cette objection n'a aucune valeur. Notre solution est conforme à l'économie du système de la

période suspecte et à l'esprit éminemment égalitaire de la faillite. D'ailleurs, l'article 449 ne s'occupe que du *paiement* de la lettre de change ou du billet à ordre. Or, dans le langage du Code, ce mot suppose toujours un paiement extinctif de l'effet lui-même et par conséquent un paiement effectué par la personne désignée pour le faire, le tiré ou le souscripteur. La disposition finale de l'article 440 vient encore appuyer notre interprétation : elle ne permet au tribunal d'ordonner le rapport qu'à la condition que le tireur de la lettre de change ou le bénéficiaire du billet à ordre ait eu connaissance de la cessation des paiements, *lors de l'émission du titre* : il ne peut s'agir évidemment que de la cessation des paiements du tiré ou du souscripteur, la seule que le tireur de la lettre ou le bénéficiaire du billet soit en mesure de connaître au jour de la création de l'effet. Cela démontre bien que l'article 449 ne vise pas la faillite d'un endosseur.

Nous ajoutons que, appliqué au cas où la lettre de change est payée non par le tiré, mais par un endosseur, l'article 449 n'a plus de sens. A quoi bon, en effet, accorder à la faillite de l'endosseur contre le tireur une action en rapport qui exige la connaissance de la cessation des paiements, puisqu'elle dispose déjà d'une action bien autrement avantageuse qui, elle, n'est soumise à aucune condition, l'action en garantie.

Disons enfin qu'avec la théorie adverse, l'article 446 deviendrait lettre morte, en ce qui concerne les paiements. Le plus souvent, en effet, les paiements entre commerçants s'effectuent par traites ; or, si, en cas de retour des traites, le porteur pouvait obtenir de son cédant un paiement inattaquable en vertu de l'art. 449 C. comm., chaque créancier aurait un moyen facile de se faire payer de préférence à la masse, sans craindre d'être atteint par l'art. 447 C. com., il lui suffirait de se faire remettre par son débiteur des effets sur lesquels il ne figure que comme endosseur. Et voyez la conséquence de ce système : un créancier qui aurait été payé en espèces serait assujetti au rapport et celui qui aurait été désintéressé au moyen de négociation d'effets en serait affranchi. Serait-ce juste ?

On nous dit aussi que le législateur ayant voulu favoriser la circulation des effets de commerce, le seul moyen d'entrer dans ses vues, c'est de valider sans distinction tous les paiements d'effets. A cela nous répondons : Il est exact que le désir de faciliter la circulation des effets de commerce ait porté le législateur à déclarer inattaquable le paiement de ces effets ; mais ce n'est pas là la seule raison d'être de l'article 449. Les rédacteurs de la loi se sont surtout déterminés par ce motif que le tiers-porteur, bien que n'étant pas admis à refuser

le paiement qui lui serait offert, se trouverait néanmoins, par l'effet de l'annulation de ce paiement, placé dans une condition pire que s'il n'avait pas reçu. Que l'on consulte les travaux parlementaires et l'on verra que c'est dans le but d'éviter cette injustice que M. Jacques Lefebvre a présenté l'amendement devenu l'art. 449 et que nombre de ses collègues sont venus le défendre à la tribune du Parlement. Et comme cette raison cesse d'exister quand le porteur non payé a fait protester l'effet et a exercé son action en garantie, c'est uniquement dans l'hypothèse d'un paiement fait par le tiré à l'échéance que se sont renfermés tous les orateurs qui ont pris part à la discussion. Est-il bien vrai d'ailleurs que notre solution apporte une entrave à la libre transmission des effets de commerce? Nous ne le croyons pas. Le tiers porteur de la lettre de change ou du billet à ordre a toute sécurité pour le paiement. Tous les signataires de l'effet sont ses garants et s'il n'est pas payé par le tiré, il lui suffit, pour être remboursé, de s'adresser à un coobligé solvable ou mieux à tous les coobligés collectivement. Si donc, il poursuit un endosseur insolvable, le sachant, c'est bénévolement qu'il s'expose à rapporter ce qu'il en aura reçu. Nous n'hésitons donc pas à approuver sans réserve et à faire nôtre l'opinion de la jurisprudence, d'après laquelle le bénéfice

de l'article 449 ne peut être invoqué que par le tiers-porteur d'un effet payé par le tiré à l'échéance.

Un troisième système a été proposé et développé avec un très grand talent par deux éminents professeurs de la Faculté de droit de Paris, MM. Labbé et Ch. Beudant. Suivant eux, l'article 449 C. com. serait applicable au paiement fait entre personnes qui n'ont pas contracté l'une avec l'autre et inapplicable au paiement intervenu entre personnes liées entre elles par une cause antérieure à la création ou à la cession du titre. En d'autres termes, l'article 449 placerait sous sa protection le porteur qui reçoit paiement soit du tiré à l'échéance, soit du tiré après protêt, soit d'un endosseur autre que son cédant, soit enfin du tireur si la lettre a été négociée; au contraire, il laisserait sous l'empire de l'article 447 le porteur qui reçoit paiement de son cédant et le preneur qui le reçoit du tireur; en un mot, tous ceux pour lesquels l'effet négociable a été le moyen de terminer une affaire antérieure. Partant de cette idée que le but poursuivi par les rédacteurs de l'art. 449 a été de favoriser la circulation des effets de commerce, les promoteurs de ce système en font le critérium de leur distinction. La lettre de change, disent-ils, n'est, à proprement parler, un effet de circulation qu'à l'égard de ceux qui, n'ayant pas contracté ensemble, n'étant pas dans

les rapports de créancier à débiteur, ne se trouvent en contact que par le hasard de la transmission du titre. A leur égard, il est vrai de dire que l'effet est un simple instrument de crédit, une monnaie commerciale dont il a paru nécessaire au législateur de favoriser l'emploi. Mais entre le tireur et le preneur, entre chaque endosseur et son cessionnaire, la lettre de change n'est pas une valeur de circulation, c'est un moyen de règlement, un mode de paiement et dès lors ce n'est pas pour ce cas que la disposition de faveur de l'article 449 a été établie. On fait observer, en outre, pour justifier cette distinction, que les orateurs de 1838 ont toujours parlé du *tiers*-porteur, laissant ainsi à entendre qu'ils ne voulaient affranchir du rapport que l'*accipiens* occupant la position d'un tiers par rapport au *solvens* (1).

Cette opinion a une très grande valeur scientifique, mais elle n'est certainement pas celle qu'a consacrée le législateur. Elle ne peut se réclamer ni des termes de l'article 449, ni des débats qui ont précédé le vote de cet article. Il est très vrai que, dans la discussion, il a toujours été question du tiers-porteur; mais tout le monde sait bien qu'en matière d'effets de

(1) V. note de M. Labbé sous cass., 18 déc. 1865. S. 66, 1, 137, et de M. Beudant sous arrêts de cass. des 15 mai et 27 nov. 1867. D. P. 67, 1, 417.

commerce, cette expression « tiers-porteur » s'emploie indifféremment avec celle de porteur.

La Jurisprudence a été appelée récemment à statuer sur l'applicabilité de l'article 449 dans les circonstances suivantes : Des lettres de change avaient été émises par un commerçant à l'ordre d'un fournisseur ; à l'échéance, ces lettres avaient été payées par le tiré aux mains du preneur qui ne les avait pas négociées. Or, à l'époque du paiement, le preneur savait que le tireur, son client, était en état de cessation de paiements. La question qui s'agitait était celle de savoir si le premier devait rapporter le montant du paiement à la faillite du tireur en vertu de l'art. 447 ou si au contraire, il pouvait s'abriter derrière l'exception de faveur de l'art. 449. Le tribunal civil de Douai, le 8 juillet 1892 et, sur appel, la Cour de Douai, à la date du 28 décembre 1892 décidèrent que l'article 449 ne trouvait pas son application dans la cause et que par suite le porteur était tenu au rapport. Les juges du fond avaient étayé leur solution sur ce double motif que l'article 449 impliquait nécessairement l'existence de plusieurs endosseurs et qu'il cessait d'être applicable lorsque les relations de débiteur à créancier existaient déjà entre le tireur et le preneur avant la remise de l'effet négociable (1).

(1) La Cour d'appel, en subordonnant l'application de l'art. 449 à l'absence de relations entre le tireur et le preneur antérieurement à la remise de

D'après les explications que nous avons données, les décisions du tribunal et de la Cour de Douai violaient l'art. 449, car elles subordonnaient l'application de cet article à deux conditions qui ne résultent ni de son texte, ni de son esprit, elles faisaient aussi une fausse application de l'art. 447 puisqu'elles obligeaient le porteur à rembourser le montant des traites, non pas à la masse du tiré qui en avait effectué paiement, mais à la faillite du tireur de laquelle il n'avait rien reçu. Aussi, la Cour de cassation, devant laquelle l'affaire fut portée, refusa-t-elle de consacrer le raisonnement des juges du fond. Par arrêt du 21 juillet 1896, elle déclare que le paiement fait à l'échéance par le tiré au porteur ne saurait donner lieu à aucune action en répétition de la part de la faillite du tireur, d'où ne proviennent pas les fonds, alors même que la lettre de change n'aurait pas été endossée et que les relations de débiteur à créancier auraient existé antérieurement à la remise de l'effet par le tireur au preneur (1).

B. De l'action en rapport donnée contre le tireur, le donneur d'ordre ou le premier endosseur.

Les raisons, qui commandaient d'affranchir

l'effet s'est vraisemblablement inspirée de la thèse soutenue précédemment par MM. Labbé et Beudant. Il importe toutefois de faire remarquer que ces deux auteurs n'ont jamais songé à justifier le rapport à la faillite du tireur de sommes payées par le tire.

(1) Lire dans le Dalloz de 1898, 1^{re} partie, p. 209 et suiv., les jugements du Tribunal et de la Cour de Douai, de la Cour de cassation, le rapport de M. Ruben de Couder et la note.

du rapport le tiers-porteur de la lettre de change ou du billet à ordre, ne militaient pas en faveur de l'auteur de l'émission du titre. La nécessité d'assurer la circulation des effets de commerce n'était pas ici en cause, puisque l'effet ne commence à circuler que du jour où le tireur ou le bénéficiaire l'a négocié. De même, il n'y avait pas à craindre que le tireur ne fut placé par suite du rapport dans une condition pire que [si le paiement n'avait pas été effectué, puisqu'en ce cas il eut été soumis à l'action récursoire du porteur.

Ssns doute, ce n'est pas entre les mains du tireur qu'a été versée la valeur de l'effet : mais, en réalité c'est lui qui a reçu par l'intermédiaire du tiers-porteur. Le tireur était le véritable créancier du tiré ; le porteur n'était que son mandataire ayant pouvoir de toucher la somme due à sa décharge. Il y a dans le paiement d'un effet de commerce comme un paiement *brevi manu* du tiré au tireur et du tireur au porteur. Il était donc logique que le rapport du paiement fait par le tiré après la cessation de ses paiements fût demandé au tireur.

L'art. 449 nous dit que la personne exposée au rapport est « celle pour le compte de laquelle la lettre de change a été fournie ». La loi a employé cette périphrase pour désigner le tireur ou le donneur d'ordre, suivant que la lettre a

été émise par le tireur pour son compte ou pour le compte d'autrui.

Quand il s'agit d'un billet à ordre, c'est contre le premier endosseur, c'est-à-dire contre celui au profit duquel le billet a été originai-
rement créé, que le rapport devra être demandé. Mais il pourrait, bien entendu, être exigé du second endosseur si le premier ne figurait sur l'effet que comme caution et même du troisième endosseur si le second n'était que certificateur de la caution.

Comme pour les nullités facultatives de l'article 447, l'article 449 subordonne le rapport à la connaissance de la cessation des paiements; mais ce n'est plus au moment du paiement que la situation du failli doit avoir été connue, c'est à l'époque de l'émission du titre. Rien de plus juste; cette émission est le fait personnel du tireur ou du bénéficiaire de l'effet, mais après la création de la lettre de change ou après le premier endossement, le tireur ou le bénéficiaire n'est plus maître de l'effet qui circule et se négocie sans son intervention; il ignore même jusqu'aux noms des endosseurs successifs et du dernier porteur. On comprend donc que la loi se soit placée au moment de l'émission du titre et non à celui de son paiement pour juger de la bonne foi du tireur ou du bénéficiaire de

l'effet (1). Il est pourtant un cas où la règle de l'article 449 ne s'explique pas rationnellement, c'est quand il s'agit de la lettre de change tirée pour le compte d'autrui. L'émission du titre n'est pas l'œuvre du donneur d'ordre, elle est le fait du tireur pour compte. C'est au moment où le donneur d'ordre a donné au tireur mandat de créer l'effet que devrait être appréciée sa bonne ou sa mauvaise foi, car, après cela, il ne joue plus aucun rôle actif tant au point de vue de l'émission que de la négociation du titre.

Nous terminerons ici l'étude des nullités de l'art. 447 pour dire quelques mots de la nullité des inscriptions de privilèges et d'hypothèques.

3. — Nullités des inscriptions postérieures aux dix jours qui précèdent la cessation des paiements.

Sous l'empire du Code de 1807, on ne pouvait pas plus inscrire une hypothèque pendant la période suspecte qu'en établir une. En effet, l'ancien art. 443 C. com. annulait de plein droit les acquisitions de privilèges ou d'hypothèques

(1) Il importe de remarquer que si, une traite émise de bonne foi et protestée faute de paiement à l'échéance, avait été remplacée par une autre, le paiement de cette dernière devrait tomber sous l'application de l'art. 447 et non de l'art. 449. Le tireur ne saurait donc, pour se soustraire au rapport, arguer de sa bonne foi à l'époque de l'émission de la première traite. Sic Nancy, 20 févr. 1891. D. P. 94, 1, 231.

faites dans les dix jours antérieurs à l'ouverture de la faillite et l'article 2146 du Code civil se référant aux dispositions de l'ordonnance de 1673 et à la déclaration de 1702 édictait la même nullité contre les inscriptions hypothécaires prises durant ces dix jours.

Ce système empêchait que le débiteur n'agisse de connivence avec son créancier pour tenir l'hypothèque clandestine le plus longtemps possible, de façon à capter la confiance des tiers par la présentation d'un patrimoine apparemment franc et libre de toutes charges. Mais si, à ce point de vue, le système de l'article 2146 était avantageux, il engendrait d'autre part de graves inconvénients que ses mérites ne pouvaient contrebalancer. Il était d'abord souverainement illogique car, alors même qu'il reconnaissait la validité du privilège ou de l'hypothèque, il annulait l'inscription qui seule pouvait en assurer le bénéfice; en d'autres termes, il déniait indirectement le droit qu'il consacrait directement. Il était aussi d'une excessive rigueur pour des créanciers qui, exempts de tout reproche, n'avaient pas toujours pu, malgré leurs diligences, faire inscrire à temps leur hypothèque. Par le fait même qu'il était trop sévère, il était inique, car il sacrifiait à l'intérêt des tiers des droits loyalement acquis et dont l'inscription n'était qu'une simple formalité complémentaire.

Les vices de ce système ne laissèrent pas insensibles les rédacteurs de la loi de 1838. La première commission de la Chambre des députés proposait de valider les inscriptions prises à partir des dix jours qui précèdent la cessation des paiements quand ces inscriptions auraient pour objet un droit hypothécaire constitué avant cette époque. « Votre commission, disait en son » rapport M. Renouard, a cru nécessaire de » trancher une sérieuse question qui a divisé » les auteurs et la jurisprudence : une inscription » hypothécaire peut-elle valablement être prise » dans les dix jours qui précèdent la faillite, » lorsque cette inscription résulte d'un droit » d'hypothèque antérieur ? Le texte de l'article » 2146 du Code civil combiné avec l'article 443 » du Code de commerce et le principe de droit » civil que les hypothèques n'existent que par » l'inscription, ont entraîné une solution négative » contre laquelle l'équité naturelle a protesté, » en démontrant qu'antérieurement à la faillite, » l'incapacité légale du débiteur n'est point » devenue notoire et que l'inscription, complé- » ment nécessaire d'un droit qui a été acquis » valablement, doit pouvoir être prise sur des » biens dont le dessaisissement n'est point dé- » claré (1). »

Le principe de la validité des inscriptions

(1) Renouard, t. I, p. 396.

hypothécaires prises jusqu'au jugement déclaratif fut admis. Le second projet du gouvernement le consacra dans son article 448 qui est devenu le premier alinéa de l'article 448 actuel. Quant aux deuxième et troisième paragraphes ils sortirent de la seconde discussion à la Chambre des députés (1). Le rapporteur, M. Quénault, en justifiait en ces termes l'opportunité : « On a pensé » que si l'inscription était retardée il y aurait » moyen de ménager à un débiteur commerçant » un crédit apparent, mensonger, qui pourrait » induire les tiers en erreur sur sa véritable » situation. On a donc senti la nécessité d'ajouter » relativement à la publicité des hypothèques, » une disposition spéciale qui ne permit pas à » un débiteur au-dessous de ses affaires, de » conserver un crédit apparent par la complaisance que pourraient mettre les prêteurs à » retarder l'inscription jusqu'à la veille, jusqu'au » jour même du jugement déclaratif (2). »

L'article 448 constitue donc une innovation et une innovation très heureuse du législateur de 1838. Quelle en est l'économie générale ?

Il commence par poser un double principe : l'un formel, l'autre tacite. « Les droits d'hypothèque ou de privilège valablement acquis pourront être inscrits jusqu'au jour du jugement

(1) Séances des 30 mars, 2 et 3 avril 1838.

(2) Dans Renouard, t. I, p. 397.

déclaratif de la faillite. » Voilà la règle expresse. Et de ce que l'art. 448 n'autorise la prise d'inscription que jusqu'au jugement déclaratif, il en résulte implicitement cette seconde règle que toute inscription postérieure à ce jugement est nulle. Pour nous, nous n'avons à nous occuper que du sort des inscriptions prises au cours de la période suspecte. A la règle qui en consacre la validité, l'alinéa 2 de l'article 448 apporte une exception destinée à sauvegarder l'intérêt des tiers dont les rédacteurs du Code de commerce s'étaient à tort exclusivement préoccupés. Cette exception consiste dans la nullité facultative des inscriptions prises plus de quinze jours après la date de l'acte constitutif de l'hypothèque ou du privilège. Par là sont déjoués les calculs de ceux qui, grâce à la complaisante complicité de créanciers ne révélant leur hypothèque qu'au dernier moment, tromperaient les tiers en leur présentant comme libres des immeubles absorbés par les charges qui les grèvent. D'ailleurs les auteurs de la loi ont tenu compte de la distance, parfois très grande, qui pourrait séparer le lieu où l'hypothèque est constituée de celui dans lequel se trouve le bureau du conservateur des hypothèques et, à raison de cette distance, ils ont accordé un délai supplémentaire de cinq jours par cinq myriamètres.

L'article 448 présente plusieurs caractères qui

le rapprochent ou le distinguent des articles 446 et 447. Nous allons rapidement les énumérer :

1° Il statue uniquement sur le sort de l'inscription et suppose *valablement acquis* les droits d'hypothèque ou de privilège qui en sont l'objet ;

2° La nullité édictée par l'art. 448 ressemble à celle que prononce l'art. 446 en ce qu'elle s'étend aux inscriptions prises dans les dix jours antérieurs à la cessation des paiements ;

3° Comme l'article 447, l'article 448 édicte une nullité facultative, en ce sens que les juges sont libres de la déclarer ou de ne pas la déclarer ;

4° Cette nullité diffère des nullités de l'article 447 en ce qu'elle peut atteindre le droit d'un créancier hypothécaire, alors même que celui-ci n'aurait pas eu connaissance de la cessation des paiements de son débiteur ;

5° A l'exception de l'hypothèque judiciaire, tous les actes que les articles 446 et 447 peuvent ébranler exigent du failli une participation active : ils sont *faits, passés par le débiteur*, comme disent ces textes. Au contraire, l'inscription hypothécaire n'est pas le fait du failli, c'est celui de son créancier. Cette dernière remarque explique très bien pourquoi la nullité de l'article 448 ne s'impose pas aux juges. Le créancier a pu se trouver en retard par suite de circonstances indépendantes de sa volonté et qui ne sont pas le résultat de la négligence. Il était donc juste

d'accorder aux tribunaux un libre pouvoir d'appréciation.

Le but de la loi a été d'empêcher que, même involontairement, le créancier qui, sans raison, a tardé à s'inscrire, ne pût être la cause indirecte d'une erreur des tiers qui ont cru à des garanties purement apparentes.

De cette idée, il résulte que, alors même que le créancier serait en faute de n'avoir pas pris son inscription en temps utile, les juges pourraient la valider s'il était avéré que le retard n'a causé de préjudice à personne. Certains, exagérant cette conséquence, ont pensé que, s'il n'y avait pas eu de créanciers postérieurs au délai de quinzaine accordé pour l'inscription, les juges pourraient la valider quand bien même le retard serait injustifié. Nous n'irons pas jusqu'à car, même en ce cas, le retard peut avoir été préjudiciable à la masse. Les créanciers se sont peut-être abstenus de poursuivre leur débiteur, fait remarquer Demangeat, précisément parce qu'ils ont vu qu'aucune inscription ne grevait ses immeubles et qui sait s'ils n'auraient pas été intégralement payés s'ils avaient agi plus tôt, tandis que maintenant ils devront se contenter d'un simple dividende. Cette seule considération suffit à légitimer l'annulation des inscriptions tardives (1).

(1) Bravard, t. V, p. 286.

Il n'entre pas dans notre pensée d'examiner ici la question de savoir à quels actes s'applique la nullité de l'article 448 ni d'exposer les nombreuses difficultés que suscite l'application de cette question. Nous allons seulement poser quelques principes.

Il n'est d'abord ni contesté ni contestable que l'art. 448 ne s'applique pas aux renouvellements d'inscriptions d'hypothèques ou de privilèges (art. 2154 C. civ.). Le créancier qui renouvelle son inscription dans les dix ans ne s'est rendu coupable d'aucune négligence et ne peut être soupçonné de mauvaise foi. Le fondement de l'art. 448 n'existe donc pas ici et dès lors son application doit être écartée.

La nullité de l'art. 448 ne saurait atteindre davantage la signification de la cession de créance ou l'acceptation de cette cession dans un acte authentique (art. 1690 C. civ.), ni la transcription d'une donation d'immeuble faite par le failli (art. 939 C. civ.), ni la transcription des actes assujettis à cette formalité par la loi du 23 mars 1855 (art. 1, 2 et 3). La raison en est que l'art. 448 contient une règle spéciale à l'inscription des privilèges et hypothèques et qu'il ne prévoit pas les actes que nous venons d'énumérer. D'ailleurs, nous avons dit que notre disposition était fondée sur cette présomption que le créancier avait été négligent. Or, les présomp-

tions sont de droit étroit : elles ne peuvent s'étendre en dehors du cadre tracé par la loi.

Quant aux inscriptions relatives aux intérêts d'une créance hypothécaire, il y a controverse sur le point de savoir si l'article 448 leur est applicable. Nous convenons que la question est délicate, car, au fond, il s'agit beaucoup moins pour le créancier de maintenir sa situation que de l'améliorer en garantissant d'une hypothèque une créance d'intérêts qui, autrement, serait purement chirographaire. Néanmoins, nous estimons que les inscriptions prises pour sûreté des intérêts d'une créance sont à l'abri de l'article 448. En frappant de nullité les inscriptions tardives le législateur a surtout voulu empêcher que les tiers n'accordassent leur confiance au débiteur en considération d'un gage immobilier apparemment intact, mais en réalité grevé de privilèges et d'hypothèques. Or ce motif n'existe pas quand il s'agit des inscriptions ayant pour objet les intérêts d'une créance hypothécaire : l'inscription principale annonçait que la créance était productive d'intérêts et laissait, par conséquent, entrevoir l'éventualité d'inscriptions particulières (1).

Nous déciderons, au contraire, que l'art. 448 s'applique à la transcription du privilège du

(1) Sic Lyon-Caen, t. II, n° 2714. Aubry et Rau : Droit civil français, t. III, paragr. 272.

Contra : Demangeat, t. V, p. 292 et suiv. Boistel, p. 686. Thaller : Traité élémentaire de droit commercial, n° 1816.

vendeur parce que, à l'égard de ce dernier, la transcription vaut inscription. Nous estimons même que la nullité peut atteindre les inscriptions de privilèges pour la publicité desquelles la loi accorde un délai, car le texte est formel et général.

Une grave discussion s'est élevée sur le point de savoir si l'article 448 règle le sort des inscriptions d'hypothèques légales dont le rang est indépendant de toute inscription comme les hypothèques de la femme mariée, des mineurs ou des interdits.

Sous l'empire du Code civil il était évident que l'article 448 ne pouvait recevoir application puisque ces hypothèques étaient dispensées d'inscription. Mais depuis la loi du 23 mars 1855 (art. 8), l'hypothèque légale des femmes et des mineurs doit être inscrite dans l'année de la dissolution du mariage ou de la cessation de la tutelle, à peine de perte du rang que l'art. 2135 C. civ. lui assigne. Certains auteurs prétendent que ces hypothèques légales tombent sous le coup de l'article 448 dès qu'elles rentrent au point de vue de l'inscription dans le droit commun (1). Nous n'admettons pas cette solution. Le législateur a écrit l'art. 448 à un moment où les hypothèques légales étaient d'une façon absolue

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 307, par. 269, note 21. Boistel, n° 916. Dalloz, suppl., n° 730. Marx (Egard), loc. cit., p. 91.

affranchies de toute inscription, par conséquent il ne les a certainement pas visées. De plus la nullité facultative des inscriptions est subordonnée à plusieurs conditions dont l'une ne se rencontrera jamais quand il s'agira des hypothèques légales des incapables. La loi exige en effet qu'il se soit écoulé plus de quinze jours entre la date de l'acte constitutif d'hypothèque et celle de l'inscription. Or, pour les hypothèques légales il n'y a jamais d'acte constitutif ; c'est la loi elle-même qui leur donne naissance. Du reste, quand il s'agit de déterminer à quel moment l'inscription de ces hypothèques doit être considérée comme tardive, nos adversaires ne s'entendent plus. Cela montre assez le peu de fondement de leur opinion (1).

4. — Parallèle entre les actions en nullité des articles 446, 447 et 448 C. com. et l'action révocatoire de l'art. 1167 C. civ.

Les actions en nullité organisées par la loi des faillites présentent avec l'action Paulienne ordinaire des ressemblances et des différences notables. Après les développements dans lesquels nous sommes entré, il nous suffira d'énumérer les unes et les autres sans plus de commentaire.

(1) Sic Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 2788. Troplong : Transcription n° 317.

Les actions des articles 446 et suivants ont été créées dans le même but que celle de l'art. 1167 : elles sont toutes destinées à protéger les créanciers et à assurer en leur faveur la stricte observation de ce principe que les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers.

De plus, en matière de faillite comme en droit commun, la nullité n'opère qu'entre le tiers avec lequel l'acte attaqué avait été fait et les créanciers qui en ont obtenu la révocation. Mais cet acte continue à produire ses effets entre le débiteur et son cocontractant ou entre ce dernier et ceux qui s'étaient obligés comme cautions ou donneurs d'hypothèques.

Mais, à part ces ressemblances dans le but et dans l'effet, les actions des articles 446-448 se séparent profondément de l'action Paulienne à de nombreux points de vue. Il existe entre elles cinq différences principales que nous allons signaler :

1° L'action Paulienne est individuelle ; tout créancier lésé par l'acte frauduleux a qualité pour l'exercer en son nom privé et personnel. Au contraire, les syndics seuls peuvent se prévaloir au nom de la masse des nullités édictées par les art. 446 et suivants du Code de commerce.

2° Au point de vue de la preuve, la position des créanciers du failli est beaucoup plus avan-

tageuse que celle des créanciers d'un débiteur ordinaire. Ces derniers sont toujours tenus d'établir l'intention frauduleuse du débiteur et, s'il s'agit d'un acte à titre onéreux, la complicité des tiers. Les créanciers du failli, ou plutôt les syndics, qui agissent en leurs noms, n'ont aucune preuve à faire, quand ils attaquent l'un des actes prévus par l'art 446 du C. civ. et, s'ils invoquent l'art. 447 C. com., il leur suffit de démontrer que les tiers connaissaient la cessation des paiements du failli au moment où ils ont contracté.

3° Les paiements réguliers sont à l'abri de l'action Paulienne; ils peuvent être annulés en vertu de l'art. 447 C. comm.

4° La nullité ordinaire ne doit profiter qu'aux créanciers lésés. Le bénéfice de l'action des articles 446-448 appartient à tous les créanciers, même aux créanciers qui ne le sont devenus que postérieurement à l'acte annulé.

5° Enfin, l'action en nullité de l'article 446 est une action *in rem*; elle est recevable même contre le sous-traitant qui a acquis à titre onéreux et de bonne foi de l'ayant-cause direct du failli. Au contraire, l'action Paulienne est *in personam*; elle ne peut réussir contre un sous-acquéreur qu'autant que se retrouvent chez lui les conditions auxquelles la loi subordonne la nullité de l'acte.

Nous avons ainsi épuisé l'examen des règles admises en France sur la question que nous nous étions proposé de traiter. Le moment est donc venu d'apprécier l'œuvre dont nous avons tracé les lignes maîtresses. Ce sera l'objet de notre dernier chapitre.

CHAPITRE V

Examen critique et législation comparée

Voulant sans doute justifier par avance la loi de 1838, dont il avait été l'un des principaux rédacteurs, des reproches qui pourraient lui être adressés, Renouard disait : « On impute facilement » à la loi les maux qui dérivent de la nécessité » à laquelle la loi doit obéir ; et comme, dans » aucun temps ni dans aucun pays du monde, » une loi n'empêchera que toute faillite soit une » fort mauvaise affaire, il est à présumer que » partout et toujours on se plaindra des légis- » lations sur les faillites (1).

Assurément, la loi des faillites ne sera jamais une loi populaire, parce qu'elle n'agit que dans des circonstances pénibles pour tous. Mais, tout en faisant la part des inconvénients inhérents au fait même de la faillite, il faut bien admettre que notre législation présente, à côté de réelles

(1) Op. cit., t. I, p. 175.

qualités, de très graves défauts. Et c'est la tâche de ceux qui font de la faillite la matière de leurs travaux de signaler les avantages qui distinguent cette institution, les vices qui la déparent et les réformes dont elle est susceptible.

Or, que faut-il penser des dispositions par lesquelles le législateur de 1838 a réglementé l'époque de la cessation des paiements? C'est ce que nous allons examiner en nous plaçant au double point de vue suivant :

1° Au point de vue du report illimité de la date de cessation des paiements.

2° Au point de vue du régime de nullités dont cette date marque l'ouverture.

Dans cet examen, le droit comparé va nous être d'un puissant secours. Rien n'égale en effet l'étude comparative des lois—des différents pays pour qui cherche à connaître la meilleure solution d'un problème de droit. C'est en faisant incursion dans le domaine des législations étrangères qu'on peut juger des résultats pratiques d'un système et, dit très justement M. Thaller, « les meilleurs raisonnements pour vanter une » innovation ne valent pas, à tout prendre, » l'expérience que les Etats voisins en ont déjà » faite (1). »

(1) Thaller : Des faillites en droit comparé, t. I, p. 72.

- I. — De la latitude dont jouissent les tribunaux de reporter indéfiniment dans le passé la date de la cessation des paiements.

Toutes les législations peuvent se répartir en trois groupes, savoir :

1^o Les législations qui n'admettent au droit de report du tribunal aucune limitation.

2^o Les législations qui assignent à la période suspecte un délai préfix et invariable.

3^o Les législations qui impartissent à la durée du temps suspect un délai maximum que le juge ne peut dépasser mais qu'il peut raccourcir.

Reprenons séparément ces trois systèmes en indiquant sous chacun d'eux les principaux Etats qui s'y sont rangés.

PREMIER SYSTÈME. — *Pouvoir illimité du tribunal de fixer dans le passé la date de la cessation des paiements.*

Il est aujourd'hui appliqué dans très peu de pays.

C'est, nous le savons, le système admis en France par la loi du 28 mai 1838.

Il est également consacré par le *Code argentin* du 9 octobre 1889 (art. 1396 7^o) (1).

C'est aussi celui auquel le *Code de commerce chilien* du 23 novembre 1865 a accordé ses préférences.

(1) Collection des Codes étrangers (VI). C. de comm. argentin, traduit par Henri Prudhomme.

Toutefois l'article 1349 qui règle la question apporte au pouvoir du juge une légère restriction ; il impose au Tribunal de commerce l'obligation de fixer provisoirement dans le décret déclaratif de faillite, l'époque de la cessation des paiements ou de se réserver le droit de la fixer ultérieurement. Et pour le cas où le Tribunal omettrait de faire cette réserve, l'alinéa final de l'article 1349 dispose que « la cessation » des paiements sera réputée avoir eu lieu à la » même date que le décret déclaratif de faillite, » ou le jour du décès du débiteur, dans le cas » de l'article 1343 (1). »

Signalons, en passant, une disposition du Code chilien qui tranche une difficulté sur laquelle la loi française ne s'explique pas : il s'agit de la question de savoir si celui qui a laissé passer, sans agir, les délais d'opposition, peut encore attaquer par la voie de l'appel la fixation de l'époque de la cessation des paiements. L'article 1385 du Code chilien répond négativement (2).

DEUXIÈME SYSTÈME. — *Détermination dans la loi, pour la période suspecte, d'un délai préfix que le juge ne peut abaisser ni augmenter.*

Ce système est suivi par le *Code de Commerce Espagnol* du 22 août 1885, qui fixe la durée de la

(1) Collection des Codes étrangers (V). C. de comm. chilien, traduit par Henri Prudhomme.

(2) Ibidem.

période suspecte à dix, quinze jours, un mois, six mois ou deux ans, suivant la nature des actes à détruire. Ainsi, ce délai est de dix jours, pour tous contrats commerciaux passés par un failli, lorsqu'il est prouvé qu'il a agi sciemment en fraude des droits de ses créanciers (art. 885-5°), de quinze jours, pour les paiements anticipés de dettes dont l'échéance est postérieure à la déclaration de faillite (art. 879), de trente jours, pour les aliénations d'immeubles à titre gratuit, les constitutions dotales faites par le failli à ses filles avec ses biens propres, les cessions d'immeubles en payement de dettes non échues, les hypothèques conventionnelles constituées pour sûreté de dettes antérieurement contractées et les donations faites depuis le dernier inventaire qui a précédé la faillite, si cet inventaire accusait un passif supérieur à l'actif (art. 880). Il comprend le mois antérieur à la déclaration de faillite, quand l'intention frauduleuse du failli est démontrée, pour les aliénations à titre onéreux de biens fonds, les constitutions dotales faites avec les biens de la société conjugale en faveur des filles ou toute autre transmission des mêmes biens à titre gratuit (art. 881-1°-2°). La période suspecte s'étend aux six mois qui ont précédé la faillite pour les constitutions de dot ou les reconnaissances d'apports en capitaux faites par un époux commerçant en faveur de

son conjoint et pour toute reconnaissance de prêts reçus en deniers ou effets, lorsque la remise des fonds ou effets prêtés ne sera pas certifié, soit par notaire, si la reconnaissance est faite par acte authentique, soit par les indications concordantes des livres des parties contractantes, si cette reconnaissance a fait l'objet d'un document privé (art. 881 3° et 4°). Enfin, la durée de la période suspecte s'élève à deux ans, pour tous les actes passés par le failli durant ce laps de temps, si l'on parvient à prouver une supposition ou une simulation d'une espèce quelconque faite en fraude des créanciers (art. 882) (1).

Notre second système trouve encore son application en *Autriche*. Sous la *loi autrichienne du 25 décembre 1868*, la faillite ne comportait pas de période suspecte ; l'article 24 de cette loi se bornait à déclarer que « les dispositions du Code » civil réglaient le droit de contester la validité » des obligations contractées par le failli, avant » l'ouverture de la faillite, au préjudice des » créanciers, par suite d'une manœuvre fraudu- » leuse, ou de poursuivre la révocation des

(1) Collection de Codes étrangers. Code de commerce espagnol, traduit par Henri Prudhomme.

Deux critiques principales peuvent être adressées à cette loi : 1° elle a le tort de limiter la durée d'exercice des actions en nullité en ce qui concerne les actes essentiellement frauduleux du failli ; 2° elle manque d'unité puisqu'elle organise une période suspecte ayant pour pivot le jugement déclaratif de faillite alors que le dessaisissement rétroagit au jour de la cessation des paiements (art. 878).

» donations portant lésion (1). » Or, les règles du Code civil de 1811 étaient insuffisantes pour protéger les créanciers contre les actes frauduleux de leurs débiteurs. En effet, trois articles seulement s'occupaient de la question. L'article 878 déclarait nul tout contrat illicite ; mais la nullité ne pouvait être prononcée que si le tiers avec lequel l'insolvable avait traité s'était rendu complice de la fraude. L'article 953 disposait que les créanciers antérieurs à la donation pouvaient revendiquer les objets donnés à leur préjudice, mais pour les créanciers postérieurs ils ne pouvaient exercer ce droit de revendication qu'en prouvant la mauvaise foi du donataire. Enfin un troisième texte, l'art. 916, déclarait que tout contrat fictif devait s'interpréter d'après l'intention des parties au jour de sa formation. Mais la jurisprudence restreignait aux seuls contractants l'application de cette règle ; de sorte qu'il suffisait de faire passer aux mains d'un tiers la chose détournée pour enlever aux créanciers tout recours utile. Et voilà toutes les précautions prises par la législation autrichienne de 1868 pour assurer la sincérité des transactions. Il est à peine besoin de dire que, avec d'aussi faibles mesures, la fraude pouvait se donner libre carrière. Aussi, les commerçants firent-ils entendre les plus vives réclamations contre un

(1) V. cette loi dans Félix Salles : Législ. autrichienne des faillites.

pareil état de choses, dont ils étaient les premiers à souffrir : ils trouvèrent un puissant écho dans les Chambres de commerce, et les plaintes ne cessèrent que lorsque la *Loi du 16 mars 1884* vint garantir les créanciers contre la mauvaise foi ou la légèreté de leurs débiteurs (1).

La *Loi de 1884* contient une telle abondance de détails que l'analyse en est extrêmement laborieuse. Au point de vue du temps pendant lequel les actes du failli sont nuls ou annulables, elle semble s'être inspirée à la fois des législations allemande et française ; tantôt elle donne à la période suspecte une durée fixe, tantôt elle lui assigne un délai variant avec la date de la suspension des paiements ou avec l'introduction de la requête à fin de faillite.

Le délai fixe est des dix années antérieures à la faillite, quand l'acte attaqué a été accompli par le failli avec l'intention, connue de l'autre partie, de faire tort à ses créanciers (art. 2).

Il est d'une année quand il s'agit d'un acte à titre gratuit, d'une garantie donnée par le mari à la femme ou réciproquement pour assurer l'exécution de conventions matrimoniales antérieurement conclues ou encore lorsqu'il s'agit d'actes à titre onéreux passés par le failli avec son conjoint ou ses proches parents (art. 3). Il

(1) Ces détails nous sont fournis par M. Challamel dans une notice sur la loi de 1884, publiée dans l'Annuaire de légis. étr. de 1885, p. 289.

est enfin de six mois pour les achats, fournitures, échanges qui ont amené, au préjudice des créanciers, un appauvrissement du failli que son correspondant devait connaître (art. 4).

La suspension des paiements ou l'introduction de la requête à fin de faillite sert de point de départ au régime des nullités dans les deux cas suivants : (a) pour les actes par lesquels le failli a procuré un paiement ou un avantage à un créancier qui connaissait la situation de son débiteur ou qui ne peut pas prouver qu'il ignorait, au temps de l'acte, le dessein du failli de l'avantager au détriment des autres créanciers. Pour les actes de cette nature, la nullité s'étend même à ceux qui ont été accomplis deux semaines avant la suspension des paiements ou l'introduction de la requête à fin de faillite, sans que jamais toutefois elle ne puisse atteindre ceux qui ont été faits plus d'un an avant l'ouverture de la faillite (art. 5) ; (b) pour les actes de libération ou de garantie et généralement pour tous ceux que la loi n'a pas spécialement prévus lorsqu'ils ont été passés par le failli avec un tiers qui connaissait son insolvabilité (art. 6 et 9). La loi exige cependant que l'acte attaqué ne soit pas antérieur de plus de six mois à l'ouverture de la faillite (art. 10).

Disons, pour être complet, que d'après l'article

27 l'action en nullité se prescrit par un an à compter de l'ouverture de la faillite (1).

La Loi fédérale suisse du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (Titre X. De l'action révocatoire, art. 286-287) assigne à la période suspecte un délai préfix de six mois. Toutefois, l'article 288 déclare nuls, quelle que soit leur date, « tous actes faits par le débiteur » dans l'intention de porter préjudice à ses « créanciers ou de favoriser certains créanciers, » avec leur connivence, au détriment des autres. » On voit, par ce texte, que les actes dont la nullité est indépendante de la date de leur formation sont ceux contre lesquels est ouverte en droit français l'action Paulienne de l'article 1167 du Code civil. D'après l'article 292, l'action révocatoire se prescrit par cinq ans à partir de l'acte vicié (2).

D'ailleurs, alors que la Suisse n'était pas encore dotée d'une législation uniforme, certaines lois cantonales fixaient déjà des limites à la période des nullités. Dans le canton d'Unterwald notamment, la loi du 29 avril 1883 portait que les traités passés par le débiteur avec les créanciers qui auraient connu son état d'insolvabilité pour leur donner une situation privilégiée étaient nuls, savoir : pour les traités relatifs à des

(1) *Annuaire de législ. étr.* de 1885, p. 291 et suiv.

(2) *Ibidem* année 1890, p. 648.

immeubles, s'ils avaient été passés dans les vingt jours, et pour ceux relatifs aux meubles, s'ils avaient été faits dans les dix jours précédant la suspension des droits (1).

Le Code de commerce du Pérou du 30 avril 1833 prend également soin de déterminer lui-même la durée du temps suspect. Il la fixe à quatre ans pour tout contrat passé par le failli, s'il est prouvé qu'il y a eu supposition ou simulation en fraude des droits des créanciers; à six mois pour toutes aliénations ou constitutions de droits réels, pourvu que, si l'acte est à titre onéreux, les créanciers en établissent le caractère frauduleux; à soixante jours, pour les donations de biens immeubles faites en paiement de dettes échues et pour les actes passés et les hypothèques consenties à raison de dettes antérieures; à quinze jours, pour toutes les opérations du failli indistinctement (art. 1091-1094) (2).

Bien d'autres législations ont encore pris soin d'impartir elles-mêmes un point de départ invariable à la période des nullités qui précède la déclaration de faillite; mais nous n'avons pas la place de les énumérer toutes. Citons cependant, pour finir, le *Code de Commerce du Brésil du 25 juin 1850*, qui déclare nuls les donations faites depuis

(1) *Annuaire de législ. étr.*, année 1884, p. 642.

(2) Hoechstet, Sacré et Oudin : *Manuel de droit commercial français et étranger*, p. 723.

le dernier inventaire, si cet inventaire s'est soldé par un déficit, les hypothèques constituées pour garantie de dettes préexistantes pendant les quarante jours qui ont précédé la déclaration de faillite et les paiements de dettes non échues effectués pendant le même laps de temps (1).

TROISIÈME SYSTÈME. — *Fixation légale d'un délai maximum que le juge ne peut dépasser, mais qu'il lui est loisible de restreindre.*

Au nombre des pays qui ont adopté ce système, figurent l'Angleterre, l'Italie, la Belgique, la Roumanie et l'Allemagne.

Un mot de la législation de chacun de ces Etats.

En Angleterre, d'après la loi du 9 août 1869, la faillite rétroagissait au jour de l'*act of bankruptcy* (acte susceptible d'entraîner la faillite : cession de biens, départ, sommation), qui l'avait déterminée. Or comme l'*act of bankruptcy* servant de base à la demande en déclaration de faillite devait s'être accompli dans les six mois précédant la formation de cette demande, il en résultait que le report d'une faillite anglaise ne dépassait pas ce délai semestriel. Par exception, on pouvait, pour le report, s'appuyer sur un autre *act of bankruptcy* antérieur à celui qui avait entraîné

(1) Hoechst, Sacré et Oudin : Manuel de droit commercial français et étranger, p. 722.

la mise en faillite, pourvu qu'il ne précédât pas de plus d'un an l'ouverture de la liquidation (art. 11). La loi nouvelle sur la faillite du 25 août 1883 a considérablement abrégé la durée de la période suspecte ; celle-ci ne comprend plus aujourd'hui, en effet, que les trois derniers mois précédant la demande en déclaration de faillite. L'article 43 qui fixe ce délai est ainsi conçu : « La faillite du débiteur, qu'elle soit » déclarée sur sa propre demande ou sur celle » d'un créancier ou de plusieurs, aura un effet » rétroactif ; elle sera considérée comme com- » mençant à l'époque à laquelle a été fait l'acte » susceptible d'entraîner la faillite qui a donné » lieu à l'ordonnance de séquestre. S'il est prouvé » que le failli a commis plusieurs actes de cette » nature, la faillite sera réputée commencer » rétroactivement à l'époque à laquelle a été » fait le premier de ces actes dans les trois mois » ayant précédé la demande en déclaration de » faillite... » Et l'article 48 dispose que tous les actes d'aliénation et tous les paiements faits par l'insolvable en vue d'avantager l'un de ses créanciers seront présumés frauduleux et annulés à l'encontre du syndic si la faillite est déclarée dans les trois mois de leur date. Exceptionnellement, l'article 47 étend la période des nullités aux deux ans antérieurs à la déclaration de faillite pour tous actes d'aliénation qui ne

sont pas faits avant le mariage et en sa faveur ou qui n'ont pas lieu au profit d'un acquéreur de bonne foi et pour un équivalent suffisant, pour tous actes d'aliénation qui ne sont pas faits au profit de la femme ou des enfants de l'aliénateur et qui ne portent pas sur des biens acquis à l'aliénateur en vertu du mariage. La loi permet même, pour ces actes, d'étendre la durée de la période suspecte aux dix années qui ont précédé la faillite, « si les parties intéressées ne peuvent pas prouver que l'aliénateur était, lors de l'acte, en état de payer toutes ses dettes sans les biens compris dans l'acte d'aliénation et que le droit de l'aliénateur sur le bien aliéné est passé en exécution de cet acte, au *trustee* (syndic). » Il ressort donc de la combinaison des articles 43, 47 et 48 que normalement la durée de la période suspecte ne peut excéder les trois mois antérieurs à la déclaration de faillite; mais qu'exceptionnellement certains actes translatifs de propriété peuvent être annulés au bout de deux ou dix ans (1).

En Italie, le nouveau Code du 31 octobre 1882 laisse au tribunal de commerce le soin de déterminer l'époque à laquelle a eu lieu la cessation des paiements; mais il lui interdit de la faire remonter au-delà de trois ans (2).

(1) Loi anglaise sur la faillite, du 23 août 1883, traduit par Ch. Lyon-Caen.

(2) Collection des Codes étrangers. Code de commerce italien, traduit par Edmond Turrel.

Le Code belge (art. 442) défend au juge de reporter la faillite à une date de plus de six mois, antérieure au jugement déclaratif de la faillite. « Toutefois, quand la faillite est déclarée dans les six mois qui suivent l'expiration d'un sursis de paiement, l'époque de cessation de paiement doit, par dérogation à l'article 442, être reportée de plein droit, au jour de la demande en sursis (art. 613) (1).

En Roumanie, le *Code de commerce* du 16 avril 1887 a fixé à trois ans, comme le *Code italien*, le délai maximum du report (2).

La loi allemande sur la faillite (*Concurs ordnung*, code du concours) du 10 février 1877, bien qu'établissant, pour l'annulation de certains actes, un délai préfix, a, en définitive, consacré les mêmes principes. L'article 26 décide que les actes intervenus plus de six mois avant l'ouverture de la faillite ne peuvent être annulés sous prétexte que les tiers avec lesquels le failli a traité ont connu la cessation de ses paiements, et l'art. 34 déclare prescrite par un an, à compter de l'ouverture de la faillite, l'action en nullité des actes antérieurs (3).

(1) Nouveau Code de commerce (belge), par Ad. Bosschaerts.

(2) Annuaire de législation étrangère, année 1888, p. 765.

(3) Bulletin de la Société de législation comparée, année 1888, p. 366 et suiv. Thaller : Des faillites en droit comparé, t. I, p. 385.

Des trois systèmes qui se partagent les principales législations, est-ce que la France a adopté le meilleur ?

Il en est qui le pensent, parce que la liberté illimitée de report a ce précieux avantage de permettre aux juges d'assurer le respect du principe de l'égalité entre les créanciers et d'atteindre les actes frauduleux ou même simplement équivoques qui tendraient à y faire échec. Au reste, déclarent les partisans du *statu quo*, le pouvoir des tribunaux n'est pas aussi arbitraire qu'on se plaît à le dire : les garanties dont la loi a entouré son exercice ne manquent pas. En effet, le tribunal n'est pas obligé de déterminer l'époque de la cessation de paiements par le jugement déclaratif de faillite, il peut se réserver de la fixer par jugement ultérieur, en parfaite connaissance de cause ; il ne doit se décider que sur le rapport du juge-commissaire et trouve un terme à son droit de report dans l'expiration des délais de vérification et d'affirmation de créances. Au surplus, dit-on, la fixation de la date de cessation des paiements n'influe que sur les actes frauduleux ou au moins sur ceux que les tiers passent avec le failli en connaissance de son état. Elle est d'ailleurs l'œuvre de négociants, c'est-à-dire de gens qui, mêlés eux-mêmes à la pratique des affaires et intéressés, par conséquent, à n'y pas semer des causes de trouble et de défiance, seront

naturellement portés à restreindre dans d'étroites limites la durée de la période suspecte. « La » bonne foi est donc suffisamment protégée, » conclut M. Léonce Thomas. Seulement, la » mauvaise foi peut redouter les sévérités du » législateur. Mais, c'est là un résultat dont il » faut se féliciter hautement, bien loin qu'il soit » permis de s'en plaindre; et l'on doit déclarer » bonne et approuver sans difficulté toute législation qui sait atteindre la fraude et la frapper; » car s'il est vrai que le commerce vit de crédit, » il est plus exact encore de dire qu'il vit d'honneur et de loyauté (1) ».

Nous ne saurions partager l'enthousiasme de M. Léonce Thomas. Bien au contraire, nous regrettons amèrement que le législateur n'ait pas cru devoir limiter, quant à la durée, le pouvoir du tribunal de faire remonter dans le passé l'époque de la cessation des paiements. Comment, voilà des conventions passées depuis cinq ans, dix ans et davantage; le temps semble avoir consolidé à tout jamais les droits qui en sont nés, et parce que la faillite de l'un des contractants vient à éclater, ces conventions seront aussi caduques que le jour de leur formation, alors que le droit commun les reconnaissait valables ! Est-ce juste ? Le but de la faillite

(1) Léonce Thomas : *Etudes sur la faillite*, p. 158. Lire sur la question les observations du même auteur, eodem op., p. 141-158.

est de protéger les créanciers et de garantir la sécurité du commerce. Or, il nous semble que le premier moyen d'atteindre ce but, c'est de sauvegarder le principe de la stabilité des transactions. Au lieu de cela, la loi sacrifie entièrement ce principe ; elle annule les opérations les plus lointaines et dont on n'a plus souvenir et la prescription même est impuissante à les dérober aux atteintes de la faillite. Dans ces conditions, c'est l'incertitude la plus complète qui plane sur toutes les relations : nul n'est assuré de pouvoir conserver après n'importe quel temps le bénéfice des traités qu'il a passés. La confiance disparaît donc et avec elle le crédit qui donne la vie au commerce. « Voilà certes un germe d'inquiétude dans les affaires, s'écrie M. Thaller, une disposition excessive qui détournera les banquiers de secourir le commerce, pour peu que circulent, sur le compte des négociants venant à eux, des bruits compromettants, sans parler de la regrettable tendance des créanciers de différer la mise en faillite, parce qu'ils savent qu'ils auront toujours le bénéfice du report (1). »

Il y a plus ; la faculté illimitée de report est, pour beaucoup, une cause de ruine.

Vous avez reçu, il y longtemps déjà, une somme qui vous était due et dont vous avez

(1) Thaller, *op. cit.*, t. I, p. 385.

cru avec raison pouvoir disposer; votre débiteur tombe en faillite et on vous oblige maintenant à rembourser non seulement la somme reçue, mais encore les intérêts à six pour cent qu'elle est censée avoir produits depuis le jour du paiement. Vous ne pouvez pas rapporter, n'ayant plus les fonds; il vous eut été facile de vous passer de votre dû, il vous est maintenant impossible d'en restituer le montant, surtout augmenté des intérêts. C'est donc votre ruine certaine; mais qu'importe : l'égalité dans le malheur n'en sera que plus complète ! Et ne croyez pas que nous aggravions à dessein les conséquences du report illimité. Non certes, ce n'est pas par pure hypothèse que nous avons parlé de cessation de paiements remontant à cinq ans, à dix ans et plus; les recueils d'arrêts sont là pour montrer que les tribunaux n'hésitent pas à reculer aussi loin la date de cessation des paiements. Nous-mêmes, nous avons vu le tribunal de commerce de Roubaix fixer à plus de sept ans en arrière l'origine de la faillite et condamner un individu à rapporter après ce laps de temps l'indemnité qu'il avait reçue du failli pour cause d'incendie.

Qu'on ne vienne pas nous dire que la nécessité d'atteindre la fraude légitime la latitude que notre législation laisse aux tribunaux. Il ne peut s'agir ici de réprimer la fraude, puisque cette répression est assurée par l'action Paulienne qui est

ouverte en matière commerciale comme en droit civil et qui se cumule même avec les actions en nullité des articles 446 et suivants. Non, ce qu'on a surtout cherché en établissant un régime spécial de nullités en cas de faillite, c'est de faire tomber des actes qui, parfaitement licites en eux-mêmes, ont pu, en raison de la situation précaire de leur auteur, compromettre les intérêts de la masse ou violer le principe de l'égalité des créanciers devant le gage commun. Eh bien, est-il conforme à la justice et à l'intérêt général du commerce que des actes auxquels la mauvaise foi est restée étrangère, puissent être indéfiniment sujets à la nullité, quelle que soit leur ancienneté ! Certainement non.

On nous dit que la loi a pris ses précautions pour prévenir des reports abusifs. Et que valent donc ces prétendues précautions ? Le rapport du juge-commissaire n'est le plus souvent qu'une adhésion aveugle et non motivée à la demande de report du syndic. La faculté accordée au tribunal de modifier la date de cessation des paiements jusqu'à l'expiration des délais de vérification et d'affirmation de créances et l'interdiction qui lui est faite de statuer à nouveau sur la question après ces délais, sont des mesures qui empêchent bien des fixations trop hâtives ou trop fréquentes, mais qui n'empêchent nullement des fixations trop éloignées. Il est bien vrai,

comme le font observer nos adversaires, que la loi n'annule les actes à titre onéreux qu'autant qu'ils ont lieu avec connaissance, de la part des créanciers, de la cessation des paiements du débiteur. Mais quand pourra-t-on dire que les créanciers ont connu la détresse de leur débiteur ? Il est déjà très difficile de le dire quand il s'agit d'un acte récent sur lequel on peut aisément se procurer tous les éléments d'appréciation ; mais combien plus difficile est la solution de cette question quand la demande en nullité porte sur un acte déjà ancien, dont on ignore toutes les circonstances et au sujet duquel le soupçon de fraude est basé uniquement sur des indices vagues et incertains, comme un protêt ou une assignation. « Faire remonter à » une époque lointaine dans le passé la date de la » cessation des paiements, dit M. Courtois, c'est » courir le risque de se tromper dans l'appré- » ciation de faits dont on a perdu le souvenir (1). » Sans doute, la magistrature qui compose le Tribunal de commerce devrait être bien faite pour nous rassurer. Ce sont des négociants, des gens intéressés à garantir au commerce la sécurité la plus complète qui ont mission de statuer sur la question de fixation de la date de cessation des paiements. Il semblerait donc qu'on ne doive pas avoir à craindre avec eux des rapports

(1) Courtois, op. cit., p. 454.

excessifs. Et cependant, les faits nous démontrent le contraire. Les tribunaux de commerce ont une tendance fâcheuse à exagérer notablement la durée de la période suspecte et ils le font d'autant plus facilement que de leur fixation doit, à leur connaissance, résulter l'annulation de tels ou tels actes (1). Aussi, n'est-il pas rare que les juges d'appel qui, pourtant, sont des magistrats civils, se voient obligés de rapprocher sensiblement la date fixée par les juges consulaires comme étant celle de la cessation des paiements.

Dans ces conditions, une réforme s'impose. Et comment doit-on la faire ? Est-ce en supprimant purement et simplement la période suspecte ? Certains y songent mais, en ce qui nous concerne, nous avons suffisamment justifié la nécessité d'un régime de nullités spécial à la cessation des paiements pour ne pas être soupçonné de préconiser ce retour au droit commun. Une mesure aussi radicale d'ailleurs sacrifierait tout à la fois les intérêts du commerce et ceux des créanciers. Il faut maintenir la période suspecte, c'est bien évident ; mais nous demandons qu'on en limite la durée. Et encore ici est-il nécessaire de préciser : car, ainsi que nous l'avons vu, deux modes de limitation sont possibles. On peut tout d'abord, à l'instar des législations espa-

(1) Bravard, t. V, p. 189. Lyon-Caen et Renault, t. II, p. 2608.

gnole, autrichienne, suisse, etc., assigner à la période suspecte une durée préfixe et invariable. On peut aussi, comme le font l'Angleterre, l'Italie, la Belgique, la Roumanie et l'Allemagne, fixer un délai maximum endéans lequel le juge a la liberté de se mouvoir. Est-ce le premier de ces deux systèmes que nous recommanderons? Non, mille fois non, car le remède serait pire que le mal. Assigner à la période suspecte une durée invariable, ce serait commettre une faute aussi grave que d'en prononcer la suppression. On ne peut, sans tomber dans l'arbitraire, déterminer par avance la date originaire de la faillite, parce que cette date est essentiellement mobile; elle est tantôt très rapprochée, tantôt très éloignée du jour où la faillite est déclarée, en sorte que c'est seulement pour chaque espèce qu'elle peut être déterminée avec exactitude. « Ce système de supputation laisse fort à désirer, » dit M. Thaller : on part de l'idée que les per- » sonnes qui se sont trouvées en relations avec » le débiteur dans la quinzaine, dans le mois, » etc., avant l'explosion du patrimoine, soupçon- » naient ou auraient soupçonné avec quelque » attention une catastrophe prochaine, et que, » antérieurement à ces mêmes délais, les pro- » nostics extérieurs faisaient défaut. Rien n'est » plus arbitraire que de ramener ainsi le sort » des actes du débiteur aux mesures immuables

» du calendrier. Il y a des faillites qui s'annon-
» cent de longue date, comme il en est d'autres
» qui mettent peu de jours à se préparer. Une
» pareille organisation doit fatalement tantôt
» frapper des tiers innocents, tantôt ménager
» des correspondants qui n'avaient qu'à ouvrir
» leurs yeux pour être renseignés (1) ». Laissons
donc là les législations qui assignent à la période
suspecte une durée préfixe; elles sont impar-
faites et ne peuvent nous servir de modèle.

C'est aux législations qui limitent par un
délai maximum la durée du temps suspect que
nous devons emprunter, pour notre loi des
faillites, la base d'une réforme. Il faut incontes-
tablement laisser aux juges le soin de préciser
la date de la faillite; mais il incombe au légis-
lateur de prévenir des reports excessifs en indi-
quant une limite extrême qui ne doit pas pou-
voir être franchie. Déjà, nous l'avons vu, la
question s'était posée, lors de la discussion de
la loi de 1838, de savoir s'il n'y avait pas lieu
de fixer un délai au-delà duquel on ne pourrait
reporter la date de la cessation des paiements.
Des amendements en ce sens avaient été pré-
sentés par MM. Mauguin, Laffitte et Jacques
Lefebvre. Après le vote de la loi de 1838 et
pendant la préparation de celle de 1889, des
négociants, des chambres et des tribunaux de

(1) Thaller, *op. cit.*, t. I, p. 377.

commerce avaient maintes fois réclamé la limitation du report. Le projet élaboré par le Conseil d'Etat en 1882 donnait satisfaction à ces demandes en interdisant aux juges de faire remonter la faillite au-delà d'une année. En 1888, M. de la Bâtie proposait un délai de deux ans. Et aujourd'hui plus que jamais le commerce insiste pour qu'on restreigne le pouvoir excessif accordé aux tribunaux. La question a même préoccupé nos assemblées politiques et le Conseil d'arrondissement de Lille, notamment, émettait, il y a quelques années, un vœu tendant à limiter à une année la faculté de report. Il n'est d'ailleurs pas jusqu'aux juristes les plus autorisés qui ne se récrient contre la liberté laissée aux juges de reculer indéfiniment en arrière la date originaire de la faillite (1).

Une loi qui restreindrait dans de justes proportions la durée maxima du temps suspect réaliserait donc un vœu quasi unanime et depuis longtemps formulé.

Mais quel délai convient-il d'assigner à la période suspecte ?

Il importe, en cette matière, de tenir le juste milieu ; car s'il est nécessaire de ne pas prolonger à l'excès la durée de la période suspecte afin d'assurer la stabilité des transactions commerciales,

(1) V. notamment Lyon-Caen et Renault, t. 2, n^{os} 2607 et 3111 (c). Thaller, op. cit., t. 1, n^o 414.

il est non moins indispensable de ne pas consacrer par une sorte de prescription à court délai l'irrévocabilité d'opérations ruineuses et d'actes attentatoires au principe de l'égalité entre créanciers.

C'est ainsi que nous n'aurions garde de proposer le délai de trois mois admis par la loi anglaise de 1883, car il arriverait chez nous ce qu'on déplorait déjà en Angleterre en 1887, c'est que beaucoup de paiements et d'aliénations très préjudiciables à la masse devraient être maintenus (1). Nous trouverions même trop étroite la limitation du temps suspect à une durée de six mois comme le font les législations belge et allemande. Par contre, nous estimons qu'autoriser le report jusqu'à concurrence de trois ans, comme en Italie et en Roumanie, c'est donner aux juges une liberté beaucoup trop grande.

Le seul délai qui nous paraît raisonnable est celui de deux ans (2), il est assez court pour ne pas ébranler le crédit commercial ; il est assez long pour permettre la répression des abus et des fraudes. Ce qui a fait hésiter le législateur en 1838 comme en 1889, c'est que la limitation

(1) V. Lyon-Caen : *Loi anglaise sur la faillite*. Introduction, p. xli (a).

(2) C'était la limite proposée en 1888 par M. de la Bâtie. C'était aussi celle que préconisaient le Tribunal de commerce de Paris, la Cour de Montpellier et un grand nombre de Chambres de commerce. *Sic* Courtois, p. 454.

du report pourrait quelquefois permettre à un gros créancier de soutenir le crédit du débiteur jusqu'à ce que, par l'effet du temps, les actes consentis en sa faveur soient devenus inattaquables. Or, en laissant aux juges la faculté de reporter la date de la cessation des paiements jusqu'à deux années en arrière, on n'a pas à redouter pareil danger. On conçoit difficilement en effet qu'un créancier veuille et puisse soutenir de son crédit, durant deux années, un débiteur dont la situation est irrémédiablement compromise (1). D'ailleurs les agissements de ce créancier pourraient bien ce nous semble être considérés comme frauduleux : il y a évidemment fraude à communiquer au commerce d'un individu une vie toute factice, de façon à tromper les tiers sur sa solvabilité. Or, il ne faut pas oublier que malgré la limitation du report, les intéressés resteraient toujours armés contre la fraude, comme ils le sont aujourd'hui, de l'action Paulienne de l'article 1167 du Code civil, même pour atteindre des actes antérieurs à la période suspecte.

(1) Si cette combinaison était à craindre, disait un ancien président du Tribunal de commerce de Lille en 1884, à la Société Industrielle du Nord de la France, il vaudrait mieux reculer le terme extrême du report de manière à épuiser l'assistance suspecte, le reculer à deux années, par exemple, que de laisser les créanciers exposés à rapporter, en capital et intérêts, ce qu'ils ont reçu depuis cinq ou six ans peut-être, et même à la rigueur à rapporter ce qu'ils ont reçu en dedans du terme de la prescription légale. (Examen du projet de la Commission parlementaire, relatif à la réforme de la loi sur les faillites, par H.-J. Labbe-Rousselle.)

Toutefois, nous voudrions que, pour les donations et constitutions de dot, la durée de la période suspecte fut supérieure à deux ans; nous la voudrions voir fixer invariablement à cinq ans. Ces actes sont en effet ceux qui causent le plus grave préjudice à la masse; ils font sortir des biens du patrimoine du débiteur sans aucune compensation. Et d'ailleurs, la position des donataires est beaucoup moins intéressante que celle des créanciers; ceux-ci luttent *de damno vitando*, ceux-là *de lucro captando*.

Nous avons ainsi épuisé l'étude de la question du report. Cette étude nous a conduit à réclamer une réforme de notre loi des faillites dans le sens de la limitation de la période suspecte à la durée maxima de deux ans pour les actes à titre onéreux et à la durée préfixe de cinq ans pour les actes à titre gratuit.

II. Des nullités applicables à la période suspecte

Nous nous plaçons à reconnaître tout d'abord que, dans l'ensemble, le système de nullités pratiqué par la loi française est satisfaisant et qu'il peut être maintenu. Mais, si nous entrons dans le détail, nous ne pouvons nous défendre de critiquer certaines dispositions et de déplorer certaines lacunes. Pour plus de précision, nous allons prendre un à un les articles 446-449 du Code de commerce en les comparant aux

dispositions correspondantes des lois étrangères et en indiquant les réformes dont notre organisation est susceptible.

A. Nullités de plein droit de l'article 446

a) L'alinéa 1 nous annonce que la nullité de plein droit s'applique même aux actes passés dans les dix jours qui ont précédé *la cessation des paiements*.

Nous avons déjà eu l'occasion de critiquer le délai supplémentaire de dix jours que la loi ajoute à l'intervalle compris entre la date de cessation des paiements et le jugement déclaratif de faillite. Cette addition se comprend bien quand il s'agit d'actes à titre gratuit parce que ces actes sont essentiellement préjudiciables à la masse, qu'ils précipitent la ruine du débiteur et que leur annulation n'a pour résultat que de retirer à un tiers un bien auquel il n'avait pas droit. Nous voudrions même, nous l'avons dit, que la nullité des donations remonte, non pas seulement aux dix jours qui ont précédé la cessation des paiements, mais, dans tous les cas, aux cinq années antérieures au jugement déclaratif de faillite. Mais le délai supplémentaire de dix jours ne se comprend plus quand il s'agit de la nullité des actes à titre onéreux énumérés par l'article 446. Ces actes, en effet, sont parfaitement licites et si la loi des faillites les annule

c'est parce qu'elle les présume faits en connaissance de l'insolvabilité du commerçant. Or, comment les tiers peuvent-ils avoir connu la cessation des paiements au moment de contracter, puisqu'elle ne s'est produite que dix jours plus tard ? Le projet de loi élaboré en 1884 par la Commission de la Chambre des Députés (art. 479), d'accord en cela avec le projet du Conseil d'Etat, supprimait ce délai ; la loi du 4 mars 1889 n'a pas reproduit cette modification : nous ne pouvons que le regretter.

Nous trouvons dans les Codes de commerce *chilien* (art. 1373) (1) et *belge* (art. 445) (2) l'époque de la cessation des paiements augmentée, comme en droit français, d'un délai de dix jours, en ce qui concerne les actes nuls de droit.

Au contraire, en *Italie* (art. 707) (3) et dans la *République Argentine* (art. 1409) (4), la période suspecte ne date jamais que du jour de la cessation des paiements.

b) L'alinéa 2 de l'article 446 frappe de nullité « tous actes translatifs de propriétés mobilières ou immobilières à titre gratuit. »

Nous avons déjà dit que la rédaction de l'ar-

(1) Collection des Codes étrangers. Code de commerce chilien, traduit par Henri Prudhomme.

(2) Nouveau Code de commerce (belge), par Ad. Bosschaerts.

(3) Collection des Codes étrangers. Code de commerce italien, traduit par Edm. Turrel.

(4) Collection des Codes étrangers. Code de commerce argentin, traduit par Henri Prudhomme.

ticle 446, alinéa 2, était viciuse en ce qu'elle ne parlait que des actes translatifs de propriété. Il est bien évident qu'une donation quelconque faite en temps suspect devrait être considérée comme nulle, quand bien même elle ne consisterait pas dans un transfert de propriété. Les Codes *italien* (art. 707-1°), *chilien* (art. 1373-1°) et *belge* (art. 445) présentent la même imperfection que notre loi française. Par contre, le Code de commerce *argentin* (art. 1409-1°), la *loi fédérale suisse de 1889* (art. 268) et la *loi autrichienne du 16 mars 1884* (art. 3-a) indiquent que la nullité est attachée à « toutes dispositions à titre gratuit. » Ces deux dernières lois tranchent même une difficulté que notre loi n'a pas prévue : elles exceptent de la nullité les cadeaux d'usage.

On a vu que le silence de la loi française laissait ouverte en matière de faillite la question de savoir si la constitution de dot devait être considérée comme un acte à titre gratuit, nul aux termes de l'art. 446 ou s'il fallait au contraire la classer parmi les actes à titre onéreux, annulables en vertu de l'article 447. La plupart des législations étrangères sont également muettes sur la question. Le *Code de commerce espagnol* l'a pourtant résolue : il assimile les constitutions dotales aux donations et les frappe de nullité *ipso jure* quand elles ont été faites par le failli à ses filles avec ses biens

propres (art. 880-2°); il les déclare simplement annulables quand elles ont pour objet des biens de la société conjugale (art. 881-2°). En *Angleterre* les aliénations pour cause de mariage sont censées faites moyennant un équivalent suffisant (*for valuable consideration*); aussi échappent-elles à la nullité qui atteint les donations (art. 47 par. 1); toutefois, quand les conventions faites en faveur du mariage ont porté sur des biens dont le disposant n'avait pas la propriété et sur lesquels il n'avait même aucun droit éventuel lors du mariage, elles sont nulles aux termes de l'art. 47 par. 2 quand la propriété n'en a pas encore été transmise au moment où la faillite éclate. En *Allemagne*, en l'absence du texte, les auteurs estiment généralement que le fait de doter un enfant est l'accomplissement d'une obligation naturelle et qu'il appartient au juge de voir d'après la fortune du constituant, si la libéralité excède ou non la mesure de son obligation (1). D'ailleurs, en droit allemand, même quand elle est considérée comme acte à titre onéreux, la constitution de dot est rarement valable, car elle tombe alors sous le coup de l'article 24 de la *loi fédérale du 10 février 1877*, d'après lequel les contrats à titre onéreux conclus par le failli dans l'année antérieure à l'ouverture du concours avec son conjoint, ou avec ses parents, ou ses alliés,

(1) Thaller, op. cit., t. I, p. 389, en note.

ou ceux de son conjoint en ligne ascendante ou descendante sont nuls au regard de la masse, à moins que l'époux doté ne prouve sa bonne foi (1).

L'article 3-d de la *loi autrichienne du 16 mars 1884* est conçu dans le même sens que l'article 24 de la loi allemande.

Certaines législations assimilent aux donations et annulent pour le tout les actes commutatifs ou à titre onéreux qui, pour partie, renferment une libéralité. Parmi les Etats qui ont inscrit cette nullité dans leur loi des faillites, citons la *Belgique* (art. 445), la *Suisse* (art. 286 de la loi fédérale), l'*Autriche* (article 3-a de la loi du 16 mars 1884). Quant au *Code de commerce italien*, il ne répute ces actes frauduleux qu'à défaut de preuve contraire (art. 709).

c) L'alinéa 3 de l'article 446 déclare nuls de plein droit tous paiements anticipés et les paiements de dettes échues faits autrement qu'en espèces ou en effets de commerce.

Nous retrouvons la même disposition dans les codes *belge* (art. 445 alin. 3), *argentin* (art. 1409 2° et 3°) et *chilien* (art. 1373 2° et 3°).

En *Italie*, les paiements avant terme sont seuls nuls de droits (art. 707 2°) ; les dations en paiement sont simplement frappées d'une présomption de fraude que les tiers peuvent com-

(1) Thaller, p. 389. Dalloz, supplém., n° 580, paragr. 3.

battre. C'est seulement aussi une présomption de mauvaise foi susceptible d'être détruite par la preuve contraire qui, en *Suisse* (art. 287), et en *Allemagne* (1), s'attache aux paiements de dettes non échues et aux paiements exigibles faits autrement qu'en espèces ou en valeurs de crédit.

d) L'alinéa final de l'article 446 porte que toute hypothèque conventionnelle ou judiciaire et tous droits d'antichrèse ou de nantissement constitués sur les biens d'un débiteur pour dettes antérieurement contractées sont nuls.

Le *Code argentin* énonce à peu près la même règle que notre Code français, mais dans une rédaction beaucoup plus heureuse. Au lieu de ce membre de phrase équivoque et inexact « pour dettes antérieurement contractées, » l'article 1409-4° du Code de commerce argentin dit « à raison d'obligations d'une date antérieure » qui ne possédaient pas cette qualité » Toutefois, cet article ne fait aucune distinction entre les hypothèques conventionnelles, légales et judiciaires. Il frappe de nullité « toutes les hypothèques et tous les nantissements. »

Dans le *Chili* la nullité atteint également toutes les sûretés constituées après la date de cessation des paiements ou dans les dix jours qui l'ont précédée ; mais ce qu'il y a de spécial à la législation de ce pays, c'est qu'elle ne fait

(1) Thaller, op. cit., t. I, p. 402.

tomber l'hypothèque ou le gage qu'autant que les dettes garanties ont été contractées « antérieurement aux dix jours sus-indiqués. »

Dans certains pays, les constitutions d'hypothèques ou de nantissements ne sont pas nulles de plein droit ; elles sont seulement réputées frauduleuses et peuvent échapper à la nullité lorsque ceux qui en ont profité établissent leur bonne foi. C'est la règle suivie en *Italie* (art. 709) et en *Suisse* (art. 287).

A l'inverse, d'autres Etats n'annulent les hypothèques et les nantissements qu'autant que la mauvaise foi des tiers est établie. Il en est ainsi en *Autriche* (art. 6 de la loi de 1884) et en *Allemagne* (§ 23 1^o de la loi de 1877) (1).

En *Angleterre*, l'article 48 par. 1 de la loi de 1883 révoque toute constitution d'un droit réel faite « en faveur d'un créancier ou d'une personne agissant pour lui, dans le but de donner à ce créancier une préférence sur les autres. » Il semble donc résulter de ce texte que l'intention frauduleuse du failli doit être démontrée.

Ici se termine notre étude comparative sur l'art. 446.

Quelles sont les améliorations qui doivent être apportées à notre texte ?

Nous allons les énumérer sans les motiver,

(1) Thaller, t. I. p. 395.

car nous nous sommes déjà expliqué en commentant la loi.

Les réformes que nous proposons sont les suivantes :

a) Suppression du délai supplémentaire de dix jours comme dans les législations italienne et argentine.

b) Amendement de l'alinéa 2 de l'article 446 de façon à l'étendre à toutes dispositions à titre gratuit transférant ou non la propriété, aux constitutions dotales, aux contrats commutatifs mi-gratuits, mi-onéreux, aux renonciations à successions.

c) Suppression dans l'alinéa 3 des expressions impropres « paiements par transport, vente, compensation. »

d) Remplacement de l'alinéa final de l'article 446 par le suivant : Toute hypothèque conventionnelle et tous droits d'antichrèse et de nantissement constitués pour dettes préexistantes. Toute hypothèque judiciaire résultant d'un procès engagé dans le laps de temps sus-indiqué. L'hypothèque légale, en tant qu'elle porte sur l'indemnité due à la femme du chef des cautionnements procurés par elle aux créanciers antérieurs de son mari. Sera également nul le cautionnement fourni dans ces conditions, à moins que la femme n'ait agi à bon escient et en connaissance de la cessation des paiements de son mari.

B. Nullités facultatives de l'article 447.

On sait que l'article 447 donne aux tribunaux le pouvoir d'annuler ou de maintenir les paiements et les actes à titre onéreux autres que ceux compris dans l'article 446 quand ceux qui ont reçu du débiteur ou qui ont traité avec lui ont connu la cessation de ses paiements.

Le même système est appliqué en *Belgique* (art. 446), dans le *Chili* (art. 1374) et dans la *République Argentine* (art. 1410).

En *Allemagne*, la nullité est bien conditionnelle comme chez nous; mais elle n'est pas facultative. Les juges sont obligés de la prononcer quand les conditions déterminées par la loi sont remplies. Or, le droit allemand ne déclare possible l'annulation des actes à titre onéreux qu'à une double condition, savoir : 1^o que la contre-partie du débiteur ait connu la cessation des paiements ou la demande en déclaration de concours; 2^o que l'opération incriminée soit préjudiciable par elle-même (§ 23). La nécessité d'un acte portant avec lui la preuve d'un préjudice est spéciale à la législation allemande. Chez nous, l'acte dommageable seulement dans ses suites pourrait être annulé; en Allemagne, au contraire, il devrait être maintenu (1).

En *Autriche*, tous les contrats à titre onéreux sont nuls « toutes les fois que l'autre partie

(1) Thaller, t. I, p. 401.

» devait reconnaître dans l'affaire un appauvrissement du débiteur nuisible à ses créanciers » (art. 4). Quant aux paiements, ils sont frappés d'une présomption de fraude contre laquelle la preuve contraire est admise (art. 5). La législation *autrichienne* résout certaines questions qui, à défaut de texte, sont, chez nous, vivement débattues. Ainsi, elle déclare recevable l'action en nullité quand elle porte sur des actes résultant de jugements ou de transactions exécutoires (art. 12), sur des renonciations à successions, des sentences rendues contre un failli qui s'est mal défendu et des omissions de formalités acquiescitives ou conservatoires d'un droit (art. 13) (1).

En *Italie*, le régime de la période suspecte ne comporte pas de nullités facultatives. Les paiements et les contrats à titre onéreux doivent être rescindés s'il est établi que les tiers connaissaient l'état de cessation de paiements (art. 709-1°).

C'est également une nullité obligatoire que l'art. 45, par. 1 de la *loi anglaise de 1883* édicte contre « tout acte d'aliénation, toute constitution d'un droit réel, tout paiement fait, toute obligation contractée, tout procès intenté par une personne insolvable ou qu'elle a laissé s'instruire contre elle, en faveur d'un créancier ou d'une personne agissant pour lui, dans le but de donner à ce créancier une préférence sur les autres... »

(1) Thaller, t. I, p. 403.

Des législations que nous venons de passer en revue, nous préférons de beaucoup celles qui accordent aux juges un pouvoir discrétionnaire. La question de savoir s'il y a eu mauvaise foi des tiers et préjudice à la masse ne peut se résoudre que par rapport à chaque espèce : c'est une question toute de fait. La loi tombe donc forcément dans l'erreur quand elle supprime toute appréciation du tribunal et fixe tout, d'avance, d'une façon invariable.

Il est toutefois une sorte d'actes pour laquelle la faculté discrétionnaire des juges ne se comprend pas : ce sont les paiements. Quand il est établi qu'un créancier a reçu des fonds sachant la suspension des paiements de son débiteur, il n'y a pas de doute qu'il ait voulu se soustraire à la loi du dividende dont la faillite va motiver l'application. Les paiements reçus en connaissance de la détresse du débiteur devraient donc dans tous les cas être nuls. C'est dans ce sens que la commission législative de la Chambre des députés avait demandé une modification à l'article 447. Les articles 479 et 480 de son projet conservaient aux juges la liberté d'annuler ou de maintenir les contrats à titre onéreux ; mais ils leur retiraient cette faculté pour les paiements. Ce projet n'a pas abouti ; mais nous souhaiterions vivement qu'il fût repris.

Notons, en passant, un point très important

que notre Code ne règle pas et qu'un certain nombre de législations étrangères ont prévu : c'est celui de savoir si la nullité peut avoir effet contre les tiers sous-acquéreurs. En *Autriche*, l'action révocatoire est donnée contre eux ; mais à condition que leur propre titre soit vicié par l'une des causes entraînant la nullité de l'opération directe (art. 15). En *Italie*, d'après l'art. 1235 du C. civ., l'action révocatoire est personnelle ; elle n'est donnée que contre un sous-traitant chez qui les conditions de la révocation existeraient personnellement. En *Angleterre*, l'article 48 § 2, dit que la nullité des actes d'aliénation et des paiements « ne porte point atteinte aux droits des personnes ayant contracté de bonne foi et pour un juste équivalent avec un créancier du failli. » Enfin la *loi fédérale suisse* dispose en son art. 290 que « l'action révocatoire s'exerce contre les personnes qui ont traité avec le débiteur ou qui ont été payées par lui, contre leurs héritiers et les tiers de mauvaise foi ».

C. *Nullité des inscriptions de privilèges et d'hypothèques (art. 448 al. 2 et 3).*

Nous ne pouvons que féliciter le législateur français qui, en ouvrant une action en nullité contre les inscriptions tardives, a su déjouer les fraudes auxquelles auraient pu se livrer les faillis, de concert avec les créanciers hypothé-

caires ou privilégiés. Nous souhaiterions cependant un peu plus de précision dans le texte de l'article 448, surtout depuis que la loi du 23 mars 1855 (art. 8) est venue soumettre à l'inscription les hypothèques légales des incapables. Nous voudrions aussi que ce texte fût assez large pour comprendre non seulement les inscriptions mais encore toutes les autres formalités de publicité dont certains actes doivent être accompagnés pour leur validité à l'égard des tiers. Le motif qui justifie l'article 448 en commande aussi bien l'application à la transcription d'une vente, d'une donation d'immeuble ou d'un acte constitutif d'antichrèse, à la signification ou à l'acceptation par acte séparé d'une cession de créances, à la tradition d'un gage corporel, etc.... qu'à l'inscription des privilèges et des hypothèques. Par l'art. 448, en effet, le législateur a voulu empêcher que les tiers ne puissent être induits en erreur sur la consistance de l'actif d'un commerçant à cause du retard calculé ou non que les créanciers hypothécaires ou privilégiés apporteraient à inscrire leur titres. Or le même danger était à craindre, et par conséquent à éviter, au sujet de toutes les autres formalités de publicité.

Le Code *italien* valide les inscriptions prises jusqu'au jugement déclaratif et comme il n'apporte à cette règle aucune exception, il en résulte que les inscriptions d'hypothèques ou de privi-

lèges ne peuvent être annulées que dans les conditions du droit commun. C'est l'art. 710 qui est le siège de la matière; il est ainsi conçu : « Les inscriptions hypothécaires prises en vertu d'un titre reconnu valable ne tombent pas sous le coup des dispositions de l'article précédent, pourvu qu'elles soient antérieures au jugement déclaratif de faillite ».

Le Code *belge* reproduit dans son article 447 la disposition de notre article 448 avec cette seule différence qu'il fixe un délai invariable de quinze jours entre la date de l'acte constitutif de l'hypothèque ou du privilège et celle de l'inscription, sans augmentation, à raison de la distance.

D. Règle spéciale de l'article 449 C. com.

Nous avons vu qu'en raison de l'obscurité du texte, il était extrêmement difficile de délimiter le champ d'application de l'article 449. Aussi conviendrait-il de rendre ce texte plus clair et d'en préciser la portée. Pour opérer cette réforme le législateur français n'aurait d'ailleurs qu'à s'inspirer des lois *allemande* et *autrichienne*, qui contiennent sur ce point spécial des dispositions très heureuses.

« Le paiement n'est pas rapportable, dit le par. 27 de la *loi allemande*, lorsque le porteur était obligé de l'accepter d'après le droit du

change sous peine de perdre son recours contre les autres signataires (1). »

C'est à peu près dans les mêmes termes que s'exprime la *loi autrichienne*. Elle règle la question par l'article 8 de la *loi du 16 mars 1884*, ainsi conçu :

Art. 8. — Le paiement fait par le débiteur d'une lettre de change ne peut, en vertu de l'article 6 (2), être répété contre celui qui l'a reçu, lorsque celui-ci, d'après le droit cambial (3), serait exposé à perdre ses droits contre les autres obligés.

En *Italie*, le porteur d'un effet de commerce qui a reçu paiement n'est pas affranchi de l'obligation du rapport, seulement « la sentence le condamnant à rembourser ce qu'il a reçu en connaissance de la cessation des paiements, produira les effets d'un protêt régulier au point de vue du recours à exercer contre le tireur et les endosseurs (art. 1411 C. com.). »

L'étude de la détermination de la date de cessation des paiements et de ses effets est ainsi

(1) Thaller, loc. cit., t. I, p. 387.

(2) Cet art. 6 annule tous actes de libération ou de garantie consentis après la suspension des paiements.

(3) Le mot « Wechsel » est constamment employé dans les lois allemandes et autrichiennes pour désigner les relations juridiques, les droits et obligations qui dérivent de l'émission d'un effet commercial : lettre de change ou billet à ordre... Nous croyons être en droit de reprendre dans notre vieille langue juridique l'expression de *cambium*; d'où : droit cambial. (Note du traducteur de la loi, M. J. Chailamel).

terminée. L'impression qui s'en dégage est que, à côté d'excellentes mesures, la loi de 1838 renferme bien des lacunes et suscite bien des difficultés. Il appartient donc à nos législateurs d'améliorer et de compléter l'œuvre de leurs devanciers. Puissent-ils se hâter surtout de faire disparaître les abus des reports indéfinis en fixant un délai maximum au-delà duquel il ne sera plus loisible aux tribunaux de faire remonter la cessation des paiements ; la sécurité et la prospérité commerciales le commandent.

Vu,

Le Professeur, président de la thèse,

D. DANJON

Vu,

Le Doyen de la Faculté,

Edmond VILLEY

VU ET PERMIS D'IMPRIMER,

Le Recteur de l'Université de Caen,

E. ZÉVORT

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INDEX BIBLIOGRAPHIQUE	5
INTRODUCTION. — Nécessité de protéger plus étroitement le crédit commercial que le crédit civil. La faillite répond à cette nécessité. Elle doit, pour être une institution utile, produire des effets dans le passé. Objet de la thèse. Plan.	9
CHAPITRE I. — <i>Notions historiques sur la fixation de la date de la cessation des paiements</i>	15
DIVISION	15
SECTION I. — Sous l'ordonnance de 1673.	
La faillite n'a pas d'effet rétroactif. Causes d'ouverture de la faillite. Critique de l'Ordonnance. Déclaration de 1702. Lacunes et abus	16
SECTION II. — Sous le Code de Commerce.	
Projet originaire. Sa communication aux tribunaux et conseils de commerce. Observations desdits tribunaux et conseils. Revision du projet. La Section de l'intérieur du Conseil d'Etat n'y apporte pas de modification appréciable. Discussion au Conseil d'Etat. Une nouvelle rédaction est proposée au Conseil d'Etat qui l'adopte sans observation. Communication du projet aux sections réunies de législation et de l'intérieur du Tribunal. Elles formulent certaines critiques dont le Conseil d'Etat tient compte dans un nouveau projet. Ce projet est soumis au Corps Législatif qui l'adopte. L'époque d'ouverture de la faillite est réglée par les articles 441, 454 et 457 C. comm. ; texte de ces articles. Importance de la date d'ouverture de la faillite. Vices de la législation de 1807	25

SECTION III. — La loi du 28 mai 1838.

Projet de 1834 : c'est la cessation *notoire* des paiements qui fixe l'époque d'ouverture de la faillite. Rapport favorable au projet présenté par M. Renouard au nom de la commission spéciale. Discussion à la Chambre des Députés ; amendements Mauguin et Lafitte : leur rejet. Présentation du projet à la Chambre des Pairs. Rapport fait par M. Tripier au nom de la Commission. Revision du projet. Présentation du nouveau projet à la Chambre des Pairs, son adoption. Sa communication à la Chambre des Députés : vif débat provoqué par l'amendement Goldbéry. Amendement Jacques Lefebvre. Ces amendements sont rejetés et le projet du gouvernement est adopté dans les deux Chambres 37

APPENDICE. — Le report de la date de cessation des paiements et les travaux préparatoires de la loi du 4 mars 1889 sur la liquidation judiciaire.
Le projet du Conseil d'Etat limitait la durée du report à une année. La Commission spéciale repousse toute limitation. Proposition de M. de La Bâtie tendant à restreindre à deux ans la faculté de report. Ajournement de la question 55

CHAPITRE II. — *Des règles et des faits qui servent à fixer l'époque de la cessation des paiements* 59

GÉNÉRALITÉS. — Notre question doit être laissée à l'appréciation des tribunaux. Ecueils à éviter. Il est possible de poser quelques principes. Division 59

SECTION I. — Qu'entend-on par cesser ses paiements ?

Quatre règles peuvent servir à résoudre cette question 62

A. Il n'est pas nécessaire que la cessation des paiements soit totale.

Pas nécessaire que la totalité ni même que la généralité des paiements soit suspendue. Quid du cas du débiteur d'un créancier unique ? 63

B. Il faut que le refus de paiement soit définitif.

L'état de faillite ne correspond pas à une gêne momentanée. La suspension des paiements peut motiver la déclaration de faillite ; mais elle ne saurait servir de point de départ à la cessation des paiements si elle ne s'était pas prolongée jusqu'au jour du jugement déclaratif. Pas nécessaire que la même dette soit restée impayée depuis la date de cessation des paiements jusqu'à la déclaration de faillite 69

C. La cessation des paiements n'a pas besoin d'être notoire. Cela résulte de l'intention du législateur et il a bien fait d'en décider ainsi. Conséquence.	72
D. La cessation des paiements est distincte de l'insolvabilité. Cette proposition énonce une différence essentielle entre la déconfiture et la faillite. Raison de cette différence. Tous les auteurs admettent cette distinction. Conséquences qui en dérivent au point de vue de la faillite. Quelques applications.	74
SECTION II. -- Quels sont les paiements dont le refus entraîne la déclaration ou le report de la faillite? . .	83
La question se décompose en trois autres :	
1 ^o Le mot « paiement » doit-il s'entendre lato sensu de l'exécution de toute obligation ou seulement de l'acquiescement d'une dette d'argent? Le mot paiement doit être pris ici dans le sens large qu'il a en droit. Il n'y a aucune raison pour en restreindre la portée en matière de faillite	84
2 ^o Le refus d'acquitter une dette litigieuse peut-il fixer la date de cessation de paiements d'un failli? La négative est certaine. La solution contraire serait inique. Quand est-ce qu'il y a dette litigieuse? . . .	88
3 ^o Le refus d'acquitter des dettes civiles constitue-t-il la cessation des paiements au sens des art. 437 et 441? Solution affirmative consacrée par arrêt de la Cour de Nancy du 30 juillet 1842. La solution négative prévaut; réfutation de la théorie adverse. Influence indirecte de la cessation de paiements des dettes civiles. Que faut-il entendre par dettes commerciales?	91
SECTION III. — Des faits qui révèlent la cessation des paiements	103
Impossibilité d'en donner une énumération complète. Les procédés occultes et frauduleux servent aussi bien que les actes constatant des refus de paiement à déterminer l'origine de la faillite. . .	
Trois ordres de faits indicatifs de l'époque de la cessation des paiements.	
A. Aveu du débiteur. — (a) Aveu exprès : dépôt de bilan, circulaire collective et atermolement. — (c) Aveu tacite : fuite du débiteur, fermeture de ses bureaux, liquidation amiable	109

B. Actes qui constatent de la part du failli un refus ou une impossibilité de payer. — (a) Protêts — (b) Assignations — (c) Jugements de condamnation. — (d) Saisies	115
C. Procédés occultes et manœuvres frauduleuses.	121
CHAPITRE III. — <i>Du jugement qui fixe la date de la cessation des paiements</i>	125
SECTION I. — De l'autorité compétente pour déterminer la date de cessation des paiements et de l'étendue de ses pouvoirs.	
Les art. 437 et 441 C. com. confèrent-ils aux tribunaux de commerce une compétence exclusive ? Cette question se rattache à celle de savoir si la faillite est un état de droit ou un état de fait. Grave controverse ; Deux opinions : 1 ^{re} opinion : la faillite est un état de droit et le tribunal de commerce est seul compétent pour en connaître ; 2 ^e opinion : la faillite est un fait que tout tribunal peut constater. Cette dernière opinion est la seule exacte ; preuves. Conclusion.	
Latitude dont jouit l'autorité judiciaire quant à l'appréciation des faits constitutifs de la faillite et quant au délai du report	125
SECTION II. — Des caractères du jugement qui fixe la date de cessation des paiements. Du cas où aucun jugement n'a déterminé cette date.	
1 ^o Le jugement de report peut être rendu soit d'office, soit sur la poursuite de toute partie intéressée ; 2 ^o L'action en report peut être formée par simple requête ; 3 ^o Le jugement de report doit être rendu sur le rapport du juge-commissaire ; 4 ^o Il est essentiellement provisoire. Le tribunal a-t-il le droit de modifier d'office une première fixation faite d'une manière définitive et sans réserves ? Peut-il après l'expiration des délais de vérification et d'affirmation de créances fixer d'office le jour de la cessation des paiements ? 5 ^o Le jugement de report produit effet erga omnes.	
Du cas où aucun jugement n'a fixé la date de la cessation des paiements. Du cas de faillite d'un commerçant décédé	151
SECTION III. — De la publicité du jugement de report.	
Mode et conditions de publicité. Importance de cette publicité. Examen de quelques difficultés Jugements soumis à cette formalité	161

SECTION IV. — Des voies de recours ouvertes contre le jugement qui fixe la date de la cessation des paiements.	167
1. — OPPOSITION.	167
I. Caractères et formes de l'opposition. Parallèle entre l'opposition de droit commun et l'opposition aux jugements rendus en matière de faillite	168
II. Décisions susceptibles d'opposition	171
III. Des personnes ayant qualité pour former opposition. Droit d'opposition du failli. Droit d'opposition des créanciers et tiers intéressés : c'est un droit individuel.	172
IV. Des délais d'opposition.	
Délai de huitaine pour le failli, d'un mois pour les tiers intéressés	
Quid pour les créanciers ? Difficulté de conciliation des art. 580 et 581 C. com. Trois systèmes : 1 ^{er} système, le seul délai applicable aux créanciers est celui de l'art. 581 ; 2 ^e système, l'art. 581 restreint pour les créanciers le délai fixé par l'art. 580 ; 3 ^e système, l'art. 581 augmente le délai d'opposition au profit des créanciers. C'est notre système. Motifs. Calcul des délais de vérification et d'affirmation de créances. Des délais d'opposition en cas de conversion de la liquidation judiciaire en faillite.	
Motifs de la diversité des délais	177
2 ^e APPEL.	
Du droit d'appel du failli et des intéressés. Quid des intéressés qui n'ont pas été personnellement en cause en première instance et qui ont négligé de faire opposition ? Controversé.	
Du point de départ et de la durée des délais d'appel. Comment et contre qui l'appel doit-il être introduit ? Du droit d'intervention des créanciers en cause d'appel	197
3. — DU RECOURS EN CASSATION.	
En principe les jugements de report échappent à la censure de la Cour de cassation. Exception	210
4. — DE LA TIERCE-OPPOSITION.	
Etat de la question sous le Code de 1807. La législation actuelle n'autorise pas l'exercice de la tierce-opposition	211

CHAPITRE IV. — <i>De l'importance de la fixation de la date de cessation des paiements</i>	215
SECTION I. — Influence de la date de cessation des paiements sur la position du débiteur.	
A. De l'admission du débiteur au bénéfice de la liquidation judiciaire. De la requête tardive suivant que cette date est ou non antérieure de plus de quinze jours à la requête, la liquidation peut être accordée ou doit être refusée. Le délai de quinzaine est un délai fatal.	216
B. De la condamnation du failli comme banqueroutier à raison de la tardivité de sa déclaration. Caractère excessif de cette mesure.	225
SECTION II. — Influence de la date de cessation des paiements sur le sort des actes du failli.	
Justification de la période suspecte. Y a-t-il une période suspecte en matière de liquidation judiciaire ? Controverse	226
THÉORIE GÉNÉRALE DE LA PÉRIODE SUSPECTE.	
Vue d'ensemble. Caractère commun à toutes les nullités ; elles ne profitent qu'à la masse. Peuvent-elles être invoquées par le failli concordataire ou par ses créanciers ?	240
I. Nullités de plein droit de l'art. 446 C. com. Caractères spéciaux aux nullités de l'art. 446.	246
1 ^o Donations. — La nullité de plein droit s'applique à toutes les aliénations à titre gratuit. Quid de la constitution de dot ? Acceptation ou notification de l'acceptation d'une donation en temps suspect. Transcription de la donation pendant le même temps	249
2 ^o Paiements de dettes non échues. Sens des mots paiements par transport, vente ou compensation. Du paiement en compte courant. Du cas où la provision d'une lettre de change antérieurement créée est fournie par le tireur avant l'échéance et pendant la période suspecte	260
3 ^o Paiements de dettes échues faits autrement qu'en espèces ou en effets de commerce. Motifs de la différence de traitement entre les paiements et les datations en paiement de dettes échues. Signification de l'expression paiements en espèces. Paiements en effets de commerce : faut-il comprendre sous cette dénomination les coupons échus et au porteur, des bons de	

marchandises, une facture acquittée, une reconnaissance de dette civile, les récépissés et warrants. Le paiement par compensation d'une dette échue et non liquide est-il toujours nul de droit ? 267

- 4^o Constitutions d'hypothèques conventionnelles ou judiciaires et de nantissements pour dettes antérieurement contractées. Conditions auxquelles est subordonnée la nullité de ces actes. Supériorité du système de la loi de 1833 sur celui du Code de 1807.

Critiques de détail. La nullité de l'hypothèque judiciaire consacre une injustice : réforme désirable. L'article 446 est inapplicable à l'hypothèque légale. Quid en cas de subrogation d'un créancier du mari à l'hypothèque légale de la femme ? Amélioration proposée par M. Thaller.

Tous les privilèges sont maintenus à l'exception du privilège du créancier-gagiste. Motifs de cette exception. Des cas dans lesquels le privilège du gagiste est maintenu. De la nullité du droit d'antichrèse. La loi a eu raison de ne pas distinguer entre le cas où la constitution d'hypothèque ou de privilège aurait eu lieu pour garantir des dettes échues et le cas où il s'agirait de dettes non échues. 277

- II. Nullités facultatives de l'article 447 C. com. Portée générale de l'art. 447. Conditions d'annulation. L'annulation reste facultative même quand l'acte a été préjudiciable à la masse. Différences entre les nullités de l'art. 446 et celles de l'art. 447. De la question de savoir si l'art. 447 s'applique aux jugements, aux partages et aux transactions. 300

RÈGLE EXCEPTIONNELLE DE L'ARTICLE 449.

Motifs de cette règle. Elle est une innovation de la loi de 1838 317

- A. Des conditions d'application de la règle qui affranchit les tiers-porteurs du rapport. Points non controversés. Point discuté : dans quels cas le porteur peut-il invoquer le bénéfice de l'art. 449 ? Trois systèmes. 1^{er} système : application de l'article 449 à tous les cas où il s'agit du paiement d'un effet de commerce ; 2^e système : l'art. 449 n'est applicable qu'au paiement fait à l'échéance par le tiré ; 3^e système : système mixte de MM. Labbé et Beudant. 320

B. De l'action en rapport donnée contre le tireur, le donneur d'ordre ou le premier endosseur. De la raison pour laquelle le bénéfice de l'art. 449 ne leur appartient pas. Des règles qui leur sont applicables	333
III. Nullité des inscriptions de privilèges et d'hypothèques prises pendant la période suspecte Système du Code de 1807 : ses défauts. Progrès de la loi de 1838. Différences entre les art. 446 et 447 et l'art. 448. De quelques règles spéciales à la nullité édictée par l'art. 448. Cet article s'applique-t-il aux hypothèques légales dont le rang est indépendant de toute inscription.	336
IV. Parallèle entre les actions en nullité des art. 446-448 et l'action Paulienne de l'art. 1167 C. civ.	346
CHAPITRE V. — <i>Examen critique et législation comparée</i>	350
I. De la latitude dont jouissent les tribunaux de reporter indéfiniment dans le passé la date de la cessation des paiements.	352
Trois groupes de législations :	
<i>Premier système</i> : Pouvoir illimité du tribunal de fixer dans le passé la date de la cessation des paiements. Système admis par les Codes français, argentin et chilien	352
<i>Deuxième système</i> : Détermination dans la loi pour la période suspecte d'un délai préfix que le juge ne peut abaisser ni augmenter.	
Code de commerce espagnol. Insuffisance de la loi autrichienne du 25 décembre 1868; la loi nouvelle du 16 mars 1884 consacre ce second système en partie. Loi fédérale suisse du 11 avril 1889. Code de commerce du Pérou. Code brésilien	353
<i>Troisième système</i> : Fixation légale d'un délai maximum que le juge ne peut dépasser mais qu'il peut restreindre.	
Système de la loi anglaise sur la faillite du 25 août 1833, — du Code italien, — du Code belge, — du Code roumain, — de la loi allemande sur la faillite (Concurs ordnung) du 10 février 1877	361
Critique du système pratiqué en France. Il est en opposition directe avec les intérêts du commerce. Arbitraire du système qui assigne au temps suspect	

une durée préfixe. Supériorité des législations qui limitent par un délai maximum la période suspecte. Nos desiderata	365
II. Des nullités applicables à la période suspecte . . .	377
Critiques de détail et législation comparée sur :	
A. Les nullités de plein droit de l'art. 446	378
B. Les nullités facultatives de l'art. 447	386
C. Les nullités des privilèges et hypothèques (art. 448, al. 2 et 3)	389
D. La règle spéciale de l'article 449	391
Conclusion	392
